DIE ABGRENZUNG
VON STRAFTATEN UND ORDNUNGSWIDRIGKEITEN

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät
der
Julius - Maximilians - Universität
Würzburg

vorgelegt von

A l b i n E s e r
aus Leidersbach

Würzburg 1961

Referent: Prof. Dr. Walter SAX
Korreferent: Prof. Dr. Günter SPRENDEL

Tag der mündlichen Prüfung: 20.Dez.1961

M e i n e n E l t e r n

V o r w o r t

"Eine die Juristen in Verzweiflung setzende Unterscheidung" - so charakterisierte schon vor rund 120 Jahren der Tübinger Kriminalist Karl Ferdinand Theodor HEPP in seinem Kommentar zum wirttembergischen Strafgesetzbuch von 1839 das Problem der Abgrenzung von Kriminal- und Polizeiunrecht. Inzwischen haben sich weitere Generationen von Juristen um eine Abgrenzung der heute sogenannten Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bemüht. Aber auch diese jüngeren Versuche konnten bislang ebensowenig allgemeine Anerkennung finden.

Eine solche Feststellung muß gerade am Anfang eines neuen Abgrenzungsversuches entmutigend klingen und nur zu leicht wäre man deshalb geneigt, verzagend zu resignieren. Wäre es nur ein mehr oder weniger akademisch-theoretischer Abgrenzungsstreit, könnte und sollte man ihn schließlich auf sich beruhen lassen. So aber geht es um mehr. Denn es gilt nicht nur, durch Beschränkung des Strafens auf die eigentlich strafwürdigen Unrechtssachverhalte der Strafe und dem Strafrecht selbst Kraft und Wirksamkeit zu erhalten, sondern es ist darüber hinaus ein rechtsstaatliches Anliegen, daß Strafe nur da verhängt wird, wo zwischen der Unrechtsaktion des Rechtsbrechers und der strafenden Reaktion der Rechtsgemeinschaft das rechte Gleichmaß gewahrt bleibt.

Diese Forderungen sind rechtsstaatlich und rechtspolitisch unabdingbare Aufgaben. Wenn die bisherigen Versuche einer befriedigenden Lösung als gescheitert angesehen werden müssen, so dürfte das nicht zuletzt daran liegen, daß man das Abgrenzungsmoment zu ausschließlich und einseitig nur in der vorgestellten Verschiedenheit der abzugrenzenden Unrechtssachverhalte gesucht hat. Aus diesem unfruchtbaren Betrachtungskreis ausgebrochen zu sein und im Prinzip der Strafwürdigkeit ein außerhalb des Unrechtssubstrats liegendes Abgrenzungskriterium aufgewiesen zu haben, ist das besondere Verdienst meines Lehrers Prof. Dr. Walter SAX.

Diesen von ihm gewiesenen Weg kritisch zu beleuchten und auf seinen Grundlagen weiterzubauen ist neben der Auseinandersetzung mit den bisherigen Abgrenzungstheorien das Ziel der nachfolgenden Untersuchungen. Ihm, meinem verehrten Lehrer, schulde ich dabei aufrichtigen Dank für die wohlwollende Unterstützung und Förderung, die er mir stets angedeihen ließ, insbesondere für die Überlassung des Manuskripts seiner Vorlesung über Wirtschaftsstrafrecht, gehalten im Sommersemester 1954 an der Universität Köln, aus welchem ich manche Gedanken für meine Untersuchungen verwertet habe.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort II
Inhaltsverzeichnis III
Literaturverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXI

§ 1. Einleitung

I. Die praktische Notwendigkeit für eine Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten
1. Die positiv-rechtliche Notwendigkeit für eine Abgrenzung 2
2. Die rechtspolitischen Forderungen für eine Aufteilung des Gesamtstrafrechts 8
3. Das Unvermögen der bisherigen Abgrenzungstheorien 11
II. Der Gang der Untersuchung 12
III. Terminologisches 15

Erster Teil

Darstellung und Kritik der bisherigen Abgrenzungsversuche, insbesondere der Verwaltungsstrafrechtstheorie

1. Kapitel

Systematischer Überblick über die zum Abgrenzungsproblem vorgebrachten Theorien

§ 2. Kurzer geschichtlicher Abriß des Abgrenzungsproblems
1. Die Ursprünge 16
2. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts 17
3. In der nationalsozialistischen Zeit 18
4. Nach dem 2. Weltkrieg 19

§ 3. Die bisherigen qualitativen Abgrenzungsversuche
I. Methodische Vorbemerkung 20

II. Die Abgrenzung nach Unrechtskriterien

1. Angriffsobjekt 21
2. Intensität des Angriffs 22
3. Unrechtsgehalt 25

III. Die Abgrenzung nach Schuldkriterien

1. Die Gesinnung des Täters 28
2. Die Schuldform 29

IV. Die Abgrenzung nach der Verschiedenheit der Rechtsfolgen 29

V. Die Abgrenzung nach allgemeinrechtlichen Kriterien

1. Die Vorrechtlichkeit des Unrechts 32
2. Moralwidrigkeit und sozialethische Verwerflichkeit 33
3. Die Kulturnormentheorie M.E.MAYERs 39

§ 4. Die Leugner einer qualitativen Abgrenzungsmöglichkeit. Quantitative Unterscheidungsvorschläge

I. Allgemeine Vorbemerkung 41

II. Die Theorie des quantitativen Unterschiedes 43

III. Formeln für eine quantitative Unterscheidung 44

2. K a p i t e l

Die Verwaltungsstrafrechtstheorie im einzelnen

§ 5. Die Begründung durch James GOLDSCHMIDT

I. Geistige und soziale Voraussetzungen 47

II. Der normative Ausgangspunkt GOLDSCHMIDTs: der Gegensatz von Justiz und Verwaltung 50

III. Die Folgerungen für die Unrechtsgehalte der Justiz- und Verwaltungsdelikte 52

IV. Die Folgerungen für die Verschiedenheit der Rechtsfolgen und die Rechtsnatur des Verwaltungsstrafrechts 56

V. GOLDSCHMIDTs Definition des Verwaltungs- und Justizdelikts. Der Abschichtungsprozeß 58

§ 6. Die teleologische Vertiefung durch Erik WOLF

I. Seine staats- und wertphilosophischen Grundlagen 59

II. Die materialen Besonderheiten des Verwaltungsdelikts 61

III. Die Rechtsnatur der Verwaltungsstrafe und das Verfahren 63

IV. Zusammenfassung 64

§ 7. Die Neubelebung der Verwaltungstrafrechtstheorie durch Eberhard SCHMIDT

I. Die Rückkehr zum formellen Verwaltungsunrecht 65

II. SCHMIDTs Abgrenzungskonzeption im einzelnen 67

1. Der Unrechtsgehalt 67
2. Die Schuld 68
3. Die Rechtsfolgen 68

III. Abschließende Würdigung 69

§ 8. Der heutige Stand der Verwaltungsstrafrechtstheorie in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Der allgemeine Stand 70

II. Die "formalistische" Richtung. Rich. LANGE 70

III. Die "sozialethische" Begründung 72

3. Kapitel

Die Kritik der Verwaltungsstrafrechtstheorie

§ 9. Die Problemstellung 73

§ 10. Konstruktive Schwierigkeiten der Verwaltungsstrafrechtstheorie bei Verneinung der Rechtsgutsqualität der Ordnungswidrigkeiten

I. Die Schwierigkeiten bei Zuordnung der Mischtatbestände nach der sog. SCHMIDT'schen Formel des § 6 II WiStG 1949 bzw. § 3 I WiStG 1954 75

II. Die Problematik der versuchten Ordnungswidrigkeit 78

III. Die konstruktiven Schwierigkeiten der Verwaltungsstrafrechtstheorie in der Konkurrenzlehre

1. Die Tateinheit von Straftat und Owi 81
2. Die Tateinheit mehrerer Owi 82
3. Die fortgesetzte Owi 82

§ 11. Der Rechtsgutscharakter der in der Ordnungswirdigkeit geschützten Interessen

I. Vorbemerkung 83

II. Der materiale Gehalt der Owi 85

III. Die materialen Interessen der Owi als Rechtsgüter

1. Das Wesen des Rechtsguts 87
2. Der Gutscharakter der Owi-Interessen 88
3. Die Problematik der sog. Verwaltungsinteressen 90

IV. Das Rechtsgut der Owi nur Gesetzesmotiv ? 94

V. Der Mangel eines Tatobjektes als Unterscheidungsmerkmal ? 97

§ 12. Der personale Handlungsunwert der Straftaten und Ordnungswidrigkeiten 98

I. Der Ungehorsam der Owi als rechtlicher Gesinnungsunwert 99

II. Der Ungehorsam der Owi ein nur formeller Gesinnungsunwert ? 99

§ 13. Das Abgrenzungsproblem und der Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung

I. Vorbemerkung 101

II. Die formelle Problematik: Die Verknüpfung von Justiz und Justizstrafrecht und von Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht 102

1. Das Verhältnis von Justiz und Justizstrafrecht 103
2. Das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht. Die Rechtsnatur der Geldbuße und des Bußbescheids 104
3. Ergebnis 108

III. Die materiell-normative Problematik: Die Zwecke des Justiz und Verw-strafrechts 109

1. Die Ziele und Funktionsformen von Justiz und Verwaltung 109
2. Das normative Verhältnis des Justiz- und Verwaltungsstrafrechts 112

IV. Die Problematik des Abschichtungsprozesses 114

V. Ergebnis 115

§ 14. Der "reine Ungehorsam" der Ordnungswidrigkeit als wert- und staatsphilosophisches Problem

I. Die Ausgangsstellung 116

II. Die ethisch-wertphilosophische Problematik

1. Die Unterscheidung von Akt- und Güterwerten 117

2. Die Realisierung personaler Aktwerte 118
3. Die Folgerungen 119
III. Die staatsphilosophische Problematik 120
1. Der reine Ungehorsam als spezifisch ethischer Unwert 120
2. Recht des Staates zu ethischen Forderungen ? 121
3. Die rechtsstaatliche Unhaltbarkeit des reinen Ungehorsams 122

Z w e i t e r T e i l

Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit

1. K a p i t e l

Die Abgrenzungskonzeption im grundsätzlichen

§ 15. Hinführung. Die Notwendigkeit der Abgrenzung nach einem übergeordneten Kriterium. Die Suche nach einem Maßprinzip 123

§ 16. Die Strafwürdigkeit. Ihre Mehrdeutigkeit. Ihre Behandlung in der Rechtslehre

I. Vorbemerkung 129
II. Die Mehrdeutigkeit des Strafwürdigkeitsbegriffes 130
III. Die Strafwürdigkeit bei Wilhelm SAUER 131
IV. Die Strafwürdigkeit bei Eberhard SCHMIDHÄUSER 134
V. Die Strafwürdigkeit bei Walter SAX 136

§ 17. Die Strafwürdigkeit. Ihre Struktur. Ihre Elemente

I. Eine erste Strukturanalyse der Strafwürdigkeit 137
II. Die Strafe als Element der Strafwürdigkeit
1. Der Realgehalt der Strafe als Ausgangspunkt 139
2. Die Strafe als Gütereinbuße und sozialethisches Unwerturteil über den Täter 140
3. Die Abwehr möglicher Einwände 142
III. Die Folgerungen für die Straf-"würdigkeit": die Grundsätze des Strafe-verdienens und der Strafbedürftigkeit 145

§ 18. Die Strafbedürftigkeit im einzelnen

I. Wesen und Ziel des Strafbedürftigkeitsprinzizips 149
II. Die Mittel der Strafbedürftigkeitsprüfung 151

§ 19. Das Strafe-verdienen im einzelnen

I. Die Problemstellung 152
II. Der Proportionswert der Straftat zur Gütereinbuße der Strafe 153
III. Der Proportionswert der Straftat zum sozialethischen Unwerturteil der Strafe 156

§ 20. Fortsetzung: Das sozialethisch Mißbilligenswerte der Straftaten

I. Werttheoretische Vorüberlegungen und ihre rechtstheoretischen Konsequenzen
1. Das gegenseitige Fundierungsverhältnis von Akt- und Güterwerten 158
2. Der unterschiedliche Realisierungseffekt von Güter- und Aktwerten 160
3. Rechtliche Folgerungen 161
II. Der Aufweis sozialethischen Unrechts im Verbrechenssystem
1. Begriffliche Abgrenzung des Sozialethischen: die sozialverbindlichen Normen 162
2. Die Bedeutung des Unrechtsbewußtseins für den Ausweis sozialverbindlicher Normen 164
3. Ergebnis 167
III. Die Entstehung von Sozialnormen. Die Bedeutung der Erkennbarkeit des Rechtsguts
1. Ausgangsüberlegung: der Inhalt des Unrechtsbewußtseins bei Straftaten 167
2. Die Entstehung von Sozialnormen auf Grund der Erkennbarkeit des Rechtsguts 169
3. Fälle, in denen keine Sozialnorm zur Entstehung kommt 174
4. Das Verhältnis von Rechtsgutsbegründung und Sozialnormentstehung 175
IV. Zusammenfassendes Ergebnis 177

§ 21. Die Folgerungen aus dem Begriff der Strafwürdigkeit für die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

I. Abgrenzungsziel 178
II. Die strafwürdige Tat
1. Ihre Merkmale. Ihre praktische Prüf- und Feststellbarkeit 179

2. Versuch einer Definition der Straftat 182

III. Die nicht-strafwürdige Tat - die Ordnungswidrigkeit

1. Vorbemerkung 182
2. Die Merkmale der Owi als nicht-strafwürdige Tat 183
3. Ihre anderweitige Sanktionsbedürftigkeit 186

§ 22. Wesen und Wert der Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit

I. Quantitative oder qualitative Abgrenzung ? 186

II. Der formale Charakter der Abgrenzung 188

2. K a p i t e l

Die Lösung einiger grundlegender Grenzprobleme mit Hilfe der gewonnenen Abgrenzungsformel

§ 23. Probleme der Einordnung von Tatbeständen als Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten

I. Die Vereinbarkeit der Abgrenzung nach dem Strafwürdigkeitsprinzip mit der Formel des § 6 WiStG 1949 bzw. § 3 WiStG 1954

1. Die Problemstellung 190
2. Die objektive Intensität des § 3 WiStG 191
3. Die subjektive Intensität des § 3 WiStG 195

II. Die Ausdehnbarkeit der gesetzlichen Abgrenzungsformel des § 6 WiStG 1949 auf andere Deliktsbereiche 196

III. Die straftatbestandliche Einordnung der Verletzung von "simplen" Rechtsgütern 198

§ 24. Das Problem der versuchten Ordnungswidrigkeit 201

§ 25. Die Problematik des Unrechtsbewußtseins bei Ordnungswidrigkeiten

I. Der Inhalt des Unrechtsbewußtseins 203

II. Vorsatz- oder Schuldtheorie bei den Ordnungswidrigkeiten ? 206

III. Die theoretische Grundentscheidung der gesetzlichen Irrtumsregelungen 211

§ 26. Auswirkungen des Strafwürdigkeitsprinzips auf die Konkurrenzlehre

I. Die Problematik der fortgesetzten Ordnungswidrigkeit 212

II. Die Konkurrenz mehrerer Ordnungswidrigkeiten 213

III. Das Zusammentreffen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

1. Das Vorgehen des Strafgesetzes 214
2. Mitberücksichtigung der Ordnungswidrigkeit in der Strafzumessung ? 215

§ 27. Die Rechtsnatur der Geldbuße. Ihre Auswirkungen auf das Bußgeldverfahren

I. Die Geldbuße

1. Der Sanktionscharakter der Geldbuße als Strafe 218
2. Die sozialethische Indifferenz der Geldbuße als Forderung des Strafwürdigkeitsprinzips 219

II. Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Geldbuße für die Sanktionszuständigkeit

1. Die Erstzuständigkeit der Justiz 221
2. Delegierung der Sanktionsbefugnisse auf die Verwaltung ? 221
3. Grundsätze einer Lösung 223

III. Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Geldbuße für die Zumessungsprinzipien und die Nachprüfbarkeit

1. Die Bußgeldzumessung 224
2. Die volle gerichtliche Nachprüfbarkeit 227

S c h l u ß w o r t 228

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden im Text und in den Fußnoten regelmäßig nur mit abgekürztem Titel - meist erstes Hauptwort - genannt bzw. bei Autoren, die nur mit einem Titel vertreten sind, lediglich mit deren Namen. Soweit nicht anders angegeben, bezeichnen römische Ziffern den Band, arabische die Seitenzahl bzw. bei Kommentaren die Anmerkung. Zeitschriftenaufsätze werden immer mit Angabe des Jahrgangs oder des Bandes und der Seite der Zeitschrift, Aufsätze in Sammelwerken gegebenenfalls mit Band und Seite des Sammelwerkes zitiert.

AMTLICHE Begründung des OWG, Entwurf A, Allgemeines III, Drucksache Nr. 2100 des 1. Bundestages

AMTLICHE Niederschrift über die 199. Sitzung des Dt. Bundestages vom 19.3.1952

ARNDT Adolf, Ist eine Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz vereinbar ? NJW 1957, 249 ff

ARNDT Herbert, Wehrstrafrecht, Grundriß, München-Berlin 1958

v. BAR Carl Ludwig, Grundlagen des Strafrechts, 1869

- : Handbuch des Dt. Strafrechts Bd. I, 1882

BAUCH Bruno, Die Idee, Leipzig 1926

BAUMANN Jürgen, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußseins, JZ 1961, 564 ff

BELING Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

BERGOLD Friedrich, Ordnungswidrigkeiten und Wirtschaftsstraftaten bei Devisenvergehen, NJW 1952, 405 ff

BETTERMANN Karl August, Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955

BINDING Karl, Die Normen und ihre Übertretung, I.Band, 4.Aufl. Leipzig 1922, II.Band 1.Hälfte, 2.Aufl. 1914, II. Band 2.Hälfte, 2.Aufl. 1916

BOCKELMANN Paul, Strafrecht - Besonderer Teil II, ein Literaturbericht, ZStW 66 (1954) S. 122 ff

BODE H.J., Die Reform des Ordnungswidrigkeiten-Verfahrens, DAR 1958, 229 ff

- : Zum Bagatell-Ordnungswidrigkeitenverfahren, DAR 1959, 9 ff

BÖHM Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat 153/154 (1950)

BOLDT Gottfried, Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW 68 (1956) 335 ff

BRUGGER Walter, Philosophisches Wörterbuch, 6. Aufl. Freiburg i/Br. 1957

BÜHLER Ottmar, Die eigene Strafgewalt der Verwaltungsbehörden nach dt. Recht, Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld, Berlin 1949

v. CALKER Fritz, Ethische Werte im Strafrecht, Berlin 1904

COING Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950

CORDIER Franz, Können die Übertretungen des Straßenverkehrsrechts als Ordnungswidrigkeiten gewertet werden ? NJW 1959, 2151 ff

COSTA H., Das Gesetz über Ordnungswidrigkeieten, Rechtspfleger 1952, 257 ff

DALCKE A., Strafrecht und Strafverfahren, neubearbeitet von Ernst FUHRMANN und Karl SCHÄFER, 36. Aufl. Berlin 1955

DEL VECCHIO Giorgio, Die Gerechtigkeit, 2. Aufl. Basel 1950

- : Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Basel 1951

DROST Heinrich - ERBS Georg, Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz, Frankfurt a/M 1949

DROST, Der Rechtsirrtum in dem neuen Wirtschaftsstrafrecht, NJW 1949, 739 ff

DÜRIG Günther, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AÖR 81 (1956) 117 ff

EBISCH Helmuth, Wirtschaftsstrafgesetz, Kommentar, Berlin-Frankfurt 1959

ERBS Georg, Strafrechtliche Nebengesetze, mit WiStG erläutert von ERBS, OWG erläutert von Max KOHL-HAAS, München-Berlin 1957

FEUERBACH Paul Johann Anselm, Revision der Grundbegriffe und Grundsätze des positiven peinlichen Rechts, 2 Bände, Chemnitz 1790

- : Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, Gießen 1801

- : Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Kurpfalz-bayerischen Staaten, Teil I-III, Gießen 1804

FLEINER Fritz, Institutionen des Dt. Verwaltungsrechts, 8.Aufl. Tübingen 1928

FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6.Aufl. Berlin-München 1956

FRANK Reinhard, Das StGB für das Dt. Reich, 15.Aufl. Tübingen 1924, 18.Aufl. Tübingen 1931

- : Sollen für die Bedrohung, Verfolgung und Bestrafung der Polizeiübertretungen besondere Grundsätze gelten ? IKV Bd. 7 (1899) S. 186 ff

- : Verwaltungsstrafrecht, IKV Bd. 12 (1905) S. 200 ff

FRIESENHAHN Ernst, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950

GALLAS Wilhelm, Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund, Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin 1954

GALLAS Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) S. 1 ff

GEGENENTWURF zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, von Wilhlem KAHL, Karl v. LILIENTHAL, Franz v. LISZT, James GOLDSCHMIDT, Berlin 1911

GERLAND, Deutsches Reichsstrafrecht, ein Grundriß, Berlin-Leipzig 1922, 2.Aufl. 1932

GERNER Erich, Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, NJW 1952, S. 522 ff

GERNER Erich - WINCKHLER Hugo, Wirtschaftsstrafgesetz 1954, München-Berlin 1954

GEYER, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht, 1. Teil, München 1884

GIESE Friedrich, Staatsrecht, Wiebaden 1956

GOLDSCHMIDT James, Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902

- : Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, DJZ 1902, 212 ff
- : Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, ein Vortrag, GA 49 (1902) 71 ff
- : Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Rechts- und Staatslehre, Festgabe für Koch, 1903
- : Materielles Justitrecht, Festgabe für Hübler, 1905
- : Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts, IKV 12 (1905) 217 ff
- : Die Typenlehre, GA 54 (1907) 1 ff
- : Verwaltungsrecht in Österreich, ZStW 31 (1911) 495 ff
- : Was ist Verwaltungsstrafrecht ? DStrZ 1 (1914) 222 ff

GOSSRAU Eberhard, Ist die Strafgewalt und Bußgeldkompetenz der Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar ? NJW 1958, 929 ff

GROSS Alfred, Dem Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts zum Geleit, MDR 1949, 528 ff

GRÜNHUT Max, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, RG-Festschrift V, 1929

GUDERIAN, Kriminelles und polizeiliches Unrecht, ZStW 21 (1901) 828 ff

HÄLSCHNER Hugo, System des preußischen Strafrechts, 1. Teil, Bonn 1858

- : Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd.II, 2.Abt., Bonn 1887

HAERTEL Kurt - JOEL Günther - SCHMIDT Eberhard, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, Heidelberg 1949

HAMANN Andreas, Das Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1956

v.HAMEL G.A., La Notion de la Contravention et la Procedure en cette Matiere, IKV 6 (1897) 494 ff

HARDWID Werner, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, 369 ff

HARTMANN Nicolai, Ethik, 3.Aufl., Berlin 1949

- : Einführung in die Philosophie, 4.Aufl., Hannover 1956

HARTUNG Fritz, Der Rechtsirrtum in der Rechtssprechung des RG, DRZ 1949, 342 ff

HATSCHEK Julius, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 3/4.Aufl. Leipzig-Erlangen 1924

HAVER, Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar ? NJW 1957, 88 ff

v.HENTIG Hans, Die Strafe I, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954

HEPP Karl Ferdinand Theodor, Kommentar zum württembergischen Strafgesetzbuch von 1839, Bd.I, 1839

HESSEN Johannes, Lehrbuch der Philosophie, Bd.II Wertlehre, 2.Aufl. München-Basel 1959

v.HIPPEL Robert, Deutsches Strafrecht, Bd.I 1925, Bd.II 1930

HUBER Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.II 2.Aufl. Tübingen 1954

- : Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 200 ff

HUSSERL Edmund, Logische Untersuchungen Bd.I, 4.Aufl. Halle 1928

JELLINEK Georg, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl. Darmstadt 1959

JESCHEK Hans Heinrich, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1956, 457 ff

- : L' Evolution du Droit penal en Allemagne au Cours des anneés 1957 et 1958, Revue de Droit Penal et de Criminologie 1959/60 S. 74 ff

v.JHERING Rudolf, Der Zweck im Recht, Bd.I, 5.Aufl. Leipzig 1916

KÄÄB Artur - RÖSCH Walter, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, München 1958

KAUFMANN Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954

KAUFMANN Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949

KAUFMANN Felix, Die Kriterien des Rechts, Tübingen 1924

KELSEN Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1923

KISCHA Herbert, Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Würzburger Dissertation 1956

KLEINKNECHT Theodor - MÜLLER Hermann - REITBERGER Leonhard, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4.Aufl. Darmstadt 1958

KLOEPPEL Paul, Das Reichspreßrecht, Leipzig 1894

KÖHLER August, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904

KOHLHAAS Max, Unzulässige Durchbrechung des Legalitätsprinzips, GA 1956, 241 ff

KOHLRAUSCH Eduard - LANGE Richard, Strafgesetzbuch, 42.Aufl. Berlin 1959

KOHLRAUSCH Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin 1903

- : Das kommende deutsche Strafrecht, ZStW 55 (1936) 384 ff

KOSTERLITZ Hans-Krafft - ZOEBE Gerhard, Das neue Wirtschaftsstrafrecht, München-Berlin 1959

KRAFT Viktor, Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2.Aufl. Wien 1951

KRAKENBERGER Paul, Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe, Strafr. Abhandlungen Heft 156, Breslau 1913

KRATZER Jakob, Besprechung von: Rotberg, Kommentar zum OWG, Bayerische Verwaltungsblätter 1958, 256 ff

KÜCHENHOFF Günther, Ausführungen zu: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, auf der Tagung der dt. Staatsrechtslehrer 1955, VVdStL Heft 14 (1956) 198 ff

LANGE Richard, Zum Denunziantenproblem, SJZ 1948, 302 ff

- : Strafrecht - Allg. Teil, ein Literaturbericht, ZStW 63 (1951) 456 ff

- : Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3 ff

- : Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73 ff

- : Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 512 ff

- : Nur eine Ordnungswidrigekeit? JZ 1957, 233 ff

- : Die Sanktionen im Wirtschaftsstrafrecht, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, S. 217 ff

LANG-HINRICHSEN Dietrich, Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, GA 1957, 225 ff

LARENZ Karl, Schuldrecht Bd.I, 3.Aufl. München-Berlin 1958

LEIPZIGER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, herausgegeben von JAGUSCH, MEZGER, SCHAEFER u. WERNER, 8.Aufl.1957

LINDEMANN Curt, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht ? Jena 1932

v.LISZT Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14/15. Aufl. Berlin 1905; 26.Aufl., bearbeitet von Eb. SCHMIDT, Berlin-Leipzig 1932

LOTZE Wilhelm, Sind Unterwerfungsverfahren und Strafbescheide der Finanzämter mit Art. 20 und 92 GG vereinbar ? NJW 1956, 1540 ff

LUDEN Heinrich, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Bd.I 1836, Bd.II 1840

MAIHOFER Werner, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 (1958) 105 ff

v.MANGOLDT Hermann - KLEIN Friedrich, Das Grundgesetz, Kommentar Bd.I, 2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1957

MATTERN Gerhard, Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, ZStW 67 (1955) 363 ff

MAURACH Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2.Aufl. Karlsruhe 1958

MAUNZ Theodor, Deutsches Staatsrecht, 8.Aufl. München-Berlin 1958

MAUNZ Theodor - DÜRIG Günther, Grundgesetz, Kommentar, München 1958

MAYER Hellmuth, Der Verbrechensbegriff, DStR 1938, 73 ff

- : Strafrecht, Allg. Teil, Stuttgart-Köln 1953

MAYER Max Ernst, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafr. Abh. Heft 50, 1903

- : Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl. Heidelberg 1923

MAYER Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Bd. Leipzig 1895, 2.Aufl. Leipzig 1914

- : Buchbesprechung: J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, VerwArch 11 (1903) 348 ff

MEESKE Helmut, Über die Ordnungsstrafe im werdenden Wirtschaftsstrafrecht, DJ 1936, 109 ff

- : Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, Berlin 1937

MERKEL Adolf, Kriminalistische Abhandlungen Bd.I, Leipzig 1867

MESSNER Johannes, Das Naturrecht, 3.Aufl. Innsbruck-Wien-München 1958

MEYER Hans, Systematische Philosophie Bd.III, Paderborn 1960

MEYER Hugo, Lehrbuch des Dt. Strafrechts, Erlangen 1875

MEYER Hugo - ALLFELD Philipp, Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 6.Aufl. Leipzig 1907

MEZGER Edmund, Strafrecht, ein Lehrbuch, 2.Aufl. München-Leipzig 1933

- : Strafrecht, Allg. Teil, ein Studienbuch, 7.Aufl. Berlin-München 1957

- : Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, München-Berlin 1950

MITTASCH Helmut, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, Berlin 1939

MITTELBACH Hans, Aus dem Gebiete der Bußgeldsachen, DRiZ 1955, 184 ff

- : Zur Bemessung der Geldbuße bei Ordnungswidrigkeiten, DÖV 1957, 251 ff

MITTELBACH Hans, Buchsprechung: Rotberg, Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 2.Aufl., NJW 1958, 987

- : Das Ordnungswidrigkeitsverfahren in Gegenwart und Zukunft, MDR 1959, 617 ff

NAWIASKY Hans, Allgemeine Staatslehre 2.Teil, Staatsgesellschaftslehre II.Bd., Einsiedeln-Zürich-Köln 1955

NIEDERSCHRIFTEN der Reichstagsverhandlungen von 1870 Bd. III Nr. 5 Anhang

NIEDERSCHRIFTEN über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd.I Grundsatzfragen, Bonn 1956

NIESE Werner, Zur Vorsatzauffassung des OGH in Strafsachen, SJZ 1950, 31 ff

NIPPERDEY Hans Carl, Die Würde des Menschen, Die Grundrechte, Bd.II S. 1 ff, herausgegeben von NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Berlin 1954

- : Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 10, 1954

NORDBECK Wessel, Die Reformbestrebungen auf dem Gebiete der Übertretungen, Göttinger Dissertation 1910

NOWAKOWSKI Friedrich, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953) 371 ff

- : Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957

NÜSE Karl-Heinz, Gedanken zum Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, JR 1949, 401 ff

OEHELER Dietrich, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, Berlin 1950

OLSHAUSEN Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, Bd.I, 6.Aufl. Berlin 1900

OSTMANN v.d.LFYE Wilderich Freiherr,Vom Wesen der Strafe, Bonn 1959

PATZIG Werner, Landesgesetzgeber und Ordnungswidrigkeitenrecht, DÖV 1956, 261 ff, 295 ff

PECHSTEIN Hans, Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe, Strafr. Abh. Heft 426, 1942

PFANDER Helene, Der zentrale Begriff "Strafe", Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht, Bd.61 (1946) 173 ff

POUSTEROSLEW P., Determination de la nature des contraventions, IKV Bd.8 (1900) 77 ff

RAHN Dietrich - GRIMSINSKI Günther, Wirtschaftsstrafgesetz, Stuttgart-Köln 1950

RAUCH Herbert, Werdendes Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 58 (1939) 75 ff

REICHARD Sigmund, Die Übertretungen, IKV Bd.8 (1900) 96 ff

RICKERT Heinrich, System der Philosophie I, 1924

RIEZSCH,Ordnungsstrafrecht, JW 1938, 773 ff, 1073 ff

RITTLER Theodor, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts Bd.I, Wien 1954

ROHLAND, Die Gefahr im Strafrecht, Dorpat 1886

ROSENBERG Werner, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, ZStW 24 (1904) 1 ff

ROTBERG Hans Eberhard, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2.Aufl. Berlin-Frankfurt 1958

SAUER Wilhelm, Grundlagen des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1921

- : Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl. Berlin 1955

- : System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2.Aufl. Basel 1949

- : Gerechtigkeit, Berlin 1959

SAX Walter, Das strafrechtliche "Analogieverbot", Göttingen 1953

- : Zur Frage der Kuppelei beim Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954, 474 ff

- : Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem, Ann-Uni-Sar Bd.4 (1955) 415 ff

- : Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, 1 ff

- : Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, ZStW 69 (1957) 412 ff

- : Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte Bd.III 2.Halbbd., herausgegeben von BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Berlin 1959

SIEGERT Karl, Zum allgemeinen Teil des Wirtschaftstrafrechts, JW 1938, 2516 ff

- : Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, Berlin-Wien 1939

- : Die Abgrenzung der Wirtschaftsstraftaten von den Ordnungswidrigkeiten, BB 1953, 393 ff

SOMMER Wolfgang, Die Abgrenzung von Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten, Tübinger Dissertation 1952

SPENDEL Günter, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 (1953) 519 ff

- : Zur Lehre vom Strafmaß, 1954

SCHAFFSTEIN Friedrich, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, 335 ff

SCHELER Max, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4.Aufl. Bern 1954

SCHLEGTENDAL Bernhard, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Freiburger Dissertation 1957

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958

SCHMIDT Eberhard, Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948, 225 ff

- : Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, SJZ 1948, 569 ff

- : Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Beilage Heft 11 zur DRZ, Tübingen 1950

- : Strafrecht und Disziplinarrecht, Dt.Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, S. 865 ff

- : Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, JZ 1951, 101 ff

- : Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.I Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954

- : Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957) 359 ff

SCHÖNKE Adolf - SCHRÖDER Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 9.Aufl. München-Berlin 1959

SCHRÖDER Horst, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951,387 ff

SCHOTTELIUS Harald, Die Trennung zwischen kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht, Materialien zur Strafrechtsreform Bd.II 1.Teil, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1954

SCHWANDER Vital, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1952

SCHWARZ Otto, Strafgesetzbuch, 22.Aufl. München-Berlin 1959

- : Strafprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 21.Aufl. München-Berlin 1959

STAHL Friedrich Julius, Die Philosophie des Rechts, II.Bd. 2.Abt. Rechts- und Staatslehre, 5.Aufl. 1878

v.STEIN Lorenz, Deutsche Verwaltungslehre, Bd.I 1869, 2.Aufl. 1869; Bd.II 1866; Bd.IV 1867

- : Handbuch der Verwaltungslehre, Bd.I, 3.Aufl. 1887

STIENEN, Rechtsfunktion und Deliktsform, ZStW 46 (1925) 13 ff

STOCK Ulrich, Strafprozeßrecht, ein Grundriß, Tübingen 1952

- : Die Strafe als Leistung, Ann-Uni-Sar Bd.1 (1952) 97 ff

- : Das Ziel des Strafverfahrens, Festschrift für Edmund Mezger, Berlin-München 1954

STOECKER Dieter, Ordnungswidrigkeitengesetz, München-Berlin 1952

- : Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, MDR 1952, 385 f

STÜBEL Christoph Carl, Über gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, Archiv des Criminalrechts n.F. Bd.8 (1825) 236 ff

THIERFLDER Rudolf, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, Tübingen 1934

TROPS Friedrich, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, Strafr.Abh. Heft 208, Breslau 1926

v.TUHR Andreas, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II.Bd. 1.Halbbd., München-Leipzig 1914

UMHAUER Erwin, Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts, Freiburger Dissertation 1904

VERHANDLUNGEN des 27. dt. Juristentages Bd.III, Berlin 1904

VERHANDLUNGEN des Reichstages des Norddt. Bundes Session 1870 Anlage 5

WARDA Günter, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, JR 1950, 546 ff

WELZEL Hans, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) 491 ff

- : Über den substanziellen Begriff des Strafgesetzes, Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944

- : Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238 ff

- : Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 25.9.1956, JZ 1957, 130 ff

- : Deutsches Strafrecht, 6.Aufl. Berlin 1958

WIMMER August, Schutzbedürfnis - Schutzwürdigkeit - Strafwürdigkeit, DRZ 1948, 116 ff

- : Straftat und Ordnungswidrigkeit, NJW 1957, 1169 ff

- : Kriminelles Unrecht und Ordnungswidrigkeiten im künftigen Straßenverkehrsrecht, DAR 1957, 169 ff

- : Kriminelle fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Straßenverkehr, DAR 1958, 145 ff

- : Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Straßenverkehr als Straftat und Ordnungswidrigkeit im kommenden Strafrecht, Düsseldorf 1958

WINNEFELD H., Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und Vorsatz, DRZ 1947, 365 ff

WOLF Erik, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard Frank, Bd.II, Tübingen 1930

WOLFF Hans J., Verwaltungsrecht I, München-Berlin 1958

- : Über die Gerechtigkeit als principium iuris, Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949

WÜRTENBERGER Thomas, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957

Abkürzungsverzeichnis

a.A., a.M.	= anderer Ansicht, anderer Meinung
aaO	= am angegebenen Ort
Abh.	= Abhandlung
Abs.	= Absatz
Abt.	= Abteilung
abw.	= abweichend
allg.M.	= allgemeine Meinung
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
Ann-Uni-Sar	= Annales Universitatis Saraviensis
AÖR, ArchöffR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
Bay	= Bayerisch
BayLStVG	= Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz
BayObLG,BayObLGSt	= Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Strafsachen
BayVerwBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebsberater
Bd.	= Band
bez.	= bezüglich
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGE	= Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts
BGH, BGHSt	= Bundesgerichtshof, Entscheidungssammlung in Strafsachen
Bl.	= Blatt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung
bzw.	= beziehungsweise
DAR	= Deutsches Autorecht
DDevR	= Deutsche Devisen-Rundschau
d.i.	= das ist
Diss.	= Dissertation
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
d.s.	= das sind
DStR	= Deutsches Strafrecht
DStrZ	= Deutsche Strafrechtszeitung
Dt., dt.	= Deutsch
Dt.Landesreferate	= Deutsche Landesreferate zu den Internationalen Kongressen f. Rechtsvergleichnung
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
f, ff	= für, folgende
G	= in Zusammensetzungen: Gesetz
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
Ges.	= Gesetz
GG	= Grundgesetz

Grundrechte	= Sammelwerk: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von NEUMANN bzw. BETTER-MANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, 4 Bände
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Handb.	= Handbuch
h.L., h.M.	= herrschende Lehre, herrschende Meinung
i.d.F.	= in der Fassung
idS	= in diesem Sinne
i.e.S.	= im engeren Sinne
i.gl.S.	= im gleichen Sinne
IKV	= Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
iSv	= im Sinne von
i.Verb.m.	= in Verbindung mit
i.w.S.	= im weiteren Sinne
Jg.	= Jahrgang
Jhdt.	= Jahrhundert
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KartellG	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KMR	= Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur StPO
LK	= Leipziger Kommentar zum StGB
Materialien	= Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
NdWistr.	= Eb. SCHMIDT, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950
n.F.	= neue Fassung, neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
o.	= oben
o.g.	= oben genannt
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, Entscheidungssammlung in Strafsachen
OLG	= Oberlandesgericht
OWG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Owi	= Ordnungswidrigkeit
RAO	= Reichsabgabenordnung
Rdnr.	= Randnummer
Recht und Staat	= Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Schriftenreihe
RG, RGSt	= Reichsgericht, Entscheidungssammlung in Strafsachen
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
Rpfl, Rechtspfleger	= Der deutsche Rechtspfleger
S.	= Seite
s.	= siehe
SchwZStr.	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Sitzungsniederschrift	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission.
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
str.	= strittig

StVO	= Straßenverkehrsordnung
StVZO	= Straßenverkehrszulassungsordnung
u.	= und, unten, unter
u.a.	= unter anderem
v.	= von, vom
VerfGH	= Verfassungsgerichthof
Verw-	= Verwaltungs-
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
Verwstrtheorie	= Verwaltungsstrafrechtstheorie
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
Vorb.	= Vorbemerkung
VVdStL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
Wi-	= Wirtschafts-
WiGBl.	= Wirtschaftsgesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiStG 1949	= Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts v. 26.7.1949
WiStG 1954	= Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts v. 9.7.1954
WStG	= Wehrstrafgesetz
Ziff.	= Ziffer
Zit., zit.	= Zitat, zitiert
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

HARDWID Werner, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, 369 ff

HARTMANN Nicolai, Ethik, 3.Aufl., Berlin 1949

- : Einführung in die Philosophie, 4.Aufl., Hannover 1956

HARTUNG Fritz, Der Rechtsirrtum in der Rechtssprechung des RG, DRZ 1949, 342 ff

HATSCHEK Julius, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 3/4.Aufl. Leipzig-Erlangen 1924

HAVER, Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar ? NJW 1957, 88 ff

v.HENTIG Hans, Die Strafe I, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954

HEPP Karl Ferdinand Theodor, Kommentar zum württembergischen Strafgesetzbuch von 1839, Bd.I, 1839

HESSEN Johannes, Lehrbuch der Philosophie, Bd.II Wertlehre, 2.Aufl. München-Basel 1959

v.HIPPEL Robert, Deutsches Strafrecht, Bd.I 1925, Bd.II 1930

HUBER Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.II 2.Aufl. Tübingen 1954

- : Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 200 ff

HUSSERL Edmund, Logische Untersuchungen Bd.I, 4.Aufl. Halle 1928

JELLINEK Georg, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl. Darmstadt 1959

JESCHEK Hans Heinrich, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1956, 457 ff

- : L' Evolution du Droit penal en Allemagne au Cours des anneés 1957 et 1958, Revue de Droit Penal et de Criminologie 1959/60 S. 74 ff

v.JHERING Rudolf, Der Zweck im Recht, Bd.I, 5.Aufl. Leipzig 1916

KÄÄB Artur - RÖSCH Walter, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, München 1958

KAUFMANN Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954

KAUFMANN Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949

KAUFMANN Felix, Die Kriterien des Rechts, Tübingen 1924

KELSEN Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1923

KISCHA Herbert, Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Würzburger Dissertation 1956

KLEINKNECHT Theodor - MÜLLER Hermann - REITBERGER Leonhard, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4.Aufl. Darmstadt 1958

KLOEPPEL Paul, Das Reichspreßrecht, Leipzig 1894

§ 1. Einleitung.

I. Die praktische Notwendigkeit einer Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

1. Die positiv-rechtliche Notwendigkeit für eine Abgrenzung.

a) In Fortsetzung einer Entwicklung, die mit dem Wirtschaftsstrafgesetz von 1949 (1) begonnen hat, deren legislatorische Wurzeln freilich weiter zurückreichen und im allmählichen Ausbau der Strafgewalt der Verwaltung zu suchen sind (2), hat der Gesetzgeber im "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten" vom 25.3.1952 (BGBl.I S.177) eine Entscheidung getroffen, die in einschneidender Weise mit der Tradition des StGB von 1871 bricht. Das StGB hatte in Anschluß an das französische Recht (3) das Strafrecht in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt (§ 1 StGB) und in liberaler Zurückhaltung geglaubt, damit den Gesamtbereich strafbaren Unrechts erfaßt zu haben.

Dieser Rahmen mußte sich als zu eng erweisen, als mit Heraufkommen des Sozialstaates die staatliche Verwaltungstätigkeit wuchs und zur Durchsetzung ihrer Aufgabe des strafenden Zwanges nicht entraten konnte. Dadurch schwoll der im StGB recht klein gehaltene Übertretungskatalog unge-

---

1) Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 27.7.49 (WiGBl.S.193);
2) vgl.das Reichspostgesetz von 18.1o.1871 (RGBl.I S.347); die Seemannsordnung vom 2.6.19o2 (RGBl.I S.175); Reichsversicherungsordnung von 19.7.1911 (RGBl.I S.5o9); Reichsabgabenordnung von 22.5.1931 (RGBl.I S.161). - In diesen Gesetzen wurde zwar der kriminelle Charakter der verwaltungsbehördlich bestraften Verfehlungen noch anerkannt (vgl.SCHMIDT SJZ 48,226 f), jedoch nähert man sich damit schon dem sog."Verwaltungsunrecht", vgl.GERNER NJW 52, 522 mit Anm.12. - Einen interessanten historischen Rückblick auf die eigene Strafgewalt der Verwaltung bringt BÜHLER, Festschrift f.Rosenfeld S.2o3 ff.
3) dieses wiederum zurückgehend auf das Naturrecht des 18.Jhdts., vgl.KOHLRAUSCH-LANGE § 1 III.

bührlich an und ließ sich mit den auf das eigentliche Kriminalstrafrecht der Verbrechen und Vergehen zugeschnittenen Mitteln des StGB und der StPO nicht mehr bewältigen. Statt aber das Näherliegende zu tun und die Übertretungen als selbständigen Teil aus der traditionellen Dreiteilung herauszulösen, beließ es der Gesetzgeber bei ihr und stellte dafür erstmals im WiStG 1949 dem weiterhin dreigeteilten Kriminalrecht der Straftaten die sog.Ordnungswidrigkeiten des Wirtschaftsstrafrechts gegenüber. Im OWG 1952 wurde diese Unterscheidung verallgemeinert, so daß sich das Gesamtstrafrecht nunmehr aufteilt in das nach Verbrechen, Vergehen und Übertretungen unterschiedene Kriminalstrafrecht einerseits und in das Owi-Recht andererseits.

Nun wäre diese grundsätzliche Zweiteilung freilich keines größeren Aufhebens wert, wenn ihre Bedeutung nicht erheblicher wäre als die der Dreiteilung des StGB. Zwar ist auch die Behandlung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen nicht völlig gleich; so ist etwa gem. § 43 StGB der Versuch des Verbrechens stets, bei Übertretungen nie, bei Vergehen in den besonders genannten Fällen strafbar (4). Aber diese Unterschiede sind ohne wesentliche Bedeutung, wie ja die Dreiteilung des StGB überhaupt nur formellen Charakter hat (5).

Bei der Zweiteilung der Straftaten und Owi dagegen gehen die Verschiedenheiten viel tiefer. Hier wird es dem Delinquenten kaum gleichgültig sein können, ob seine Tat als Straftat oder als Owi beurteilt wird. Ein kurzer Blick auf die materiellen und prozessualen Besonderheiten mag dies verdeutlichen.

So werden die Owi in prozessualer Hinsicht nicht nach der StPO verfolgt und abgeurteilt, sondern nach einem besonderen Bußgeldverfahren vor der Verwaltungsbehörde (§§ 35 ff OWG). Wie einschneidend die Andersartigkeit dieses Verfahrens ist, zeigt sich bereits in seinen Verfahrensmaximen. Während das Legalitätsprinzip des Strafverfahrens (§ 152 II StPO) die Staatsanwaltschaft bei zureichenden

---

4) weitere Unterschiede s.bei MAURACH AT S.111
5) vgl.MAURACH aaO, KOHLRAUSCH - LANGE § 1 III, WELZEL, Strafrecht S.17

tatsächlichen Anhaltspunkten zum Einschreiten zwingt und keinerlei Zweckmäßigkeitserwägungen, auch nicht politische oder staatsnützliche zuläßt (6), überläßt es das Opportunitätsprinzip des Bußgeldverfahrens (§ 7 I OWG) dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde, ob sie eine Geldbuße festsetzen will (7). Weiter fehlt dem Bußgeldverfahren der Anklagegrundsatz des § 152 I StPO: das gesamte Verfahren wird hier einheitlich von der Verwaltungsbehörde durchgeführt. Auch die Prinzipien der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit und der unmittelbaren Beweiserhebung sind ersetzt durch die Schriftlichkeit, Nichtöffentlichkeit und Mittelbarkeit der Beweisaufnahme. Ferner braucht der mit Geldbuße Bedachte keinen Registereintrag zu fürchten.

Auch in materieller Hinsicht zeigen sich insbesondere in der Ausgestaltung der Rechtsfolgen erhebliche Unterschiede. Nicht nur, daß dem Kriminalstrafrecht die gebührenpflichtige Verwarnung (§ 8 OWG) fremd ist, die als Abgeltung des Verwaltungsaufwandes eine echte Gebühr darstellt (8), auch die Geldbuße, der jeglicher sozialethische diffamierender Tadel fehlt (9), erweist sich als wesentlich verschieden von der Strafe.

b) Es sollte nicht in Zweifel stehen, daß der Gesetzgeber auf Grund dieser folgenreichen Aufteilung des Gesamtstrafrechts einen sicheren Maßstab haben muß, um neu vertypte Unrechtssachverhalte in einheitlicher und willkürfreier Weise zu bewerten und je nach ihrem Unrechtsgehalt als Straftaten oder als Owi einzuordnen.

Man wird sich hierfür kaum mit einem rein programmati-

---

6) vgl.STOCK, Strafprozeßrecht S.71
7) Einschränkungen des Opportunitätsprinzips ergeben sich aus § 7 II (Verfolgenszwang bei öffentlichem Interesse) und § 7 III OWG (Nichtverfolgung bei Bedeutungslosigkeit der Owi). Jedoch ist der Verfolgungszwang insofern unvollständig, als er das Klageerzwingungsverfahren der §§ 172,175,StPO und § 346 StGB im Bußgeldverfahren nicht gibt; vgl.ROTBERG S.58; STOECKER § 7,II.
8) ROTBERG S.63
9) vgl.dazu u.S.144 f

schen Leitsatz begnügen können. Bedenklich ist es deshalb, wie etwa SCHÄFER und Eb.SCHMIDT in den Beratungen der Strafrechtskommission (1o) resignierend vorgeschlagen haben, mangels eines begrifflichen Unterscheidungskriteriums die Abgrenzung der positiven Wertung des Gesetzgebers zu überlassen und seine Entscheidungen zu billigen, wenn sie "aus einem Bemühen um materiale Gerechtigkeit entstammen und damit die Tendenz zum Guten haben". Vollends abzulehnen ist die Meinung BOCKELMANNS (11), welcher die Abgrenzung sogar betont dem Willen und der Willkür des Gesetzgebers unterstellt (12). Dies könnte man höchstenfalls zulassen, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Folgen von Straftaten und Owi die gleichen wären.

Bei den aufgezeigten Ungleichheiten in materieller und prozessualer Hinsicht dagegen darf der Gesetzgeber in seinem Klassifizierungsermessen nicht vollkommen frei sein; denn schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit wäre es unerträglich, wenn der sozialschädlich Handelnde der Willkür des ohne verbindlichen Maßstab qualifizierenden Gesetzgebers ausgeliefert wäre oder den Gesetzgeber trotz ehrlichen Bemühens um Gerechtigkeit mangels eines Maßprinzips nur Zufallstreffer gelingen könnten (13).

Diesen rechtsstaatlichen Übeln kann der Gesetzgeber nur entgehen, wenn er einen Maßstab in die Hand bekommt, nach dem er das Gesamt straferheblichen Handeln einteilt. Da er Hilfsmittel der gesetzgeberischen Arbeit sein soll, wird er selbst nicht bloß Produkt der positiven Willkür des Gesetzgebers sein dürfen, sondern muß seiner Positivität vorgegeben

---

1o) Sitzungsniederschrift I S.71 bezw. 336
11) ZStW 66, 122
12) Dagegen kann man aus den Bemerkungen von STOECKER Vorb.III, ROTBERG S.31 und COSTA Rpfl.52,259, welche lediglich das Recht des Gesetzgebers zu positiver Entscheidung über die Rechtsnatur eines Tatbestandes feststellen, wohl kaum den Verzicht auf einen Maßstab herauslesen.
13) vgl.BayVerfGH (VerwRspr 2,28o; 3,15o), dem auch das BVerfG (Bd.6,389) beigetreten ist, wonach das Rechtsstaatsprinzip erfordert, daß Strafe grundsätzlich nur bei strafrechtlichem Verschulden des Täters vorgesehen werden darf, wobei "strafrechtliches Verschulden" nicht nur formell als "Schuld bei Straftat", sondern materiell als echt kriminelles Verschulden aufzufassen ist.

sein. Man wird den Zuordnungsmaßstab deshalb in der vorpositiven Abgrenzung von Straftaten und Owi zu suchen haben.

c) Das Erfordernis eines Abgrenzungsprinzips erweist sich als noch dringlicher im Hinblick auf die sog.Mischtatbestände, welche erstmals das WiStG 1949 (vgl.§ 6) gebracht und das OWG (§§ 1 III,2) übernommen hat. Es war in diesen Fällen dem Gesetzgeber nicht möglich gewesen, die ungeheuere Vielfalt sozialschädlicher Handlungsweisen in abstrakter Tatbestandskasuistik einheitlich einzufangen und selbst schon als Straftaten und Owi einzuordnen (14). Er hat deshalb solche Tatbestände wahlweise mit Strafe oder Geldbuße bedroht und es der zum Vollzug berufenen Behörde überlassen, ja nach den Umständen den Einzelfall als Straftat oder Owi zu behandeln (15).

Es ist klar, daß der mit der Ahndung befaßte Richter und Verwaltungsbeamte noch weniger eines Maßprinzips entraten kann als der Gesetzgeber. Denn während sich bei diesem immer noch ein gewisses Maß an Kontinuität und Einheitlichkeit der Abgrenzung erreichen läßt, besteht bei einer maßstablosen Praxis die ernsthafte Gefahr der Uneinheitlichkeit und Zersplitterung. Der Gesetzgeber hat dem abzuhelfen versucht, indem er erstmals im § 6 WiStG 1949, heute bei geringfügigen Veränderungen in § 3 WiStG 1954 (16) dem Praktiker eine Abgrenzungsformel für die Mischtatbestände des WiStrafrechts gab, wonach das straftatcharakterisierende Moment einer Mischtatbestandsverwirklichung in der ob-

---

14) vgl.ROTBERG S.31 u.4o, ERBS - KOHLHAAS § 1 III OWG.

15) In Abweichung von der sonst geübten Methode des § 1 StGB und § 1 I u.II OWG, wo sich die Rechtsnatur einer Tat aus der Rechtsfolge ergibt, ist bei den Mischtatbeständen also erst die Rechtsnatur der Unrechtshandlung festzustellen, um dann daran die entsprechende Rechtsfolge anzuknüpfen. Über Einzelheiten des Verfahrens vgl.die §§ 27 ff OWG und die einschlägigen Kommentierungen.

16) In "Anpassung an die gegenwärtige Wirtschaftsordnung" (so die Begründung des Regierungsentwurfes) spricht § 3 WiStG 1954 nicht mehr von "Staatsinteresse an Bestand und Erhaltung der Wirtschaftsordnung", sondern von den "Zielen der Wirtschaftsordnung" und den "öffentlichen Interesse an den Schutz der Wirtschaftsordnung", vgl.ERBS § 3,1 WiStG.

jektiven bzw.subjektiven Intensität der Wirtschaftsschädigung gesehen wird.

Abgesehen von den Meinungsverschiedenheiten, die über die grundsätzliche Brauchbarkeit und den Wert dieser sog. "Schmidtschen Formel" (17) bestehen (18), ist sie auf den wi-strafrechtlichen Teilbereich des Owi-Rechts beschränkt und nicht imstande, in verallgemeinerter Form die durch das OWG offengelassene Abgrenzungslücke (19) zu schließen (2o).

Die rechtsstaatliche Aufgabe, ein brauchbares Abgrenzungsprinzip für die "amphibischen" (21) Mischtatbestände zu finden, besteht deshalb weiter. Es muß späteren Ausführungen der Nachweis überlassen bleiben, daß man sich dabei nicht einfach auf die derzeit herrschende Abgrenzungskonzeption der Verwaltungsstrafrechtstheorie verlassen darf, wie es Rechtsprechung und Lehre vielfach unbesehen tun. Auch die übrigen Versuche konnten bis jetzt noch nicht allgemein befriedigen.

Um so eindringlicher erwächst daraus die unabdingbare Aufgabe, nach neuen Wegen zu suchen, wie man der nun einmal getroffenen Entscheidung für die Aufteilung des Gesamtstrafrechts gerecht werden und sowohl dem Gesetzgeber wie auch dem zur Einordnung berufenen Praktiker ein sachgerechtes Abgrenzungsprinzip in die Hand geben kann.

---

17) Benannt nach Eberhard SCHMIDT, der an der Schaffung dieser Gesetze maßgeblich beteiligt war.

18) vgl.einerseits SAX, Grundrechte III 2 S.929 Anm.62, der auch bei Ablehnung der verwaltungsstrafrechtstheoretischen Grundlage die Formel für geglückt hält, und GROSS MDR 1949,529, für den sie sogar eine "Zauberformel" ist, andererseits skeptisch oder ablehnend HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II,348; NÜSE JR 1949,4o1; SIEGERT BB 53, 393; GERNER NJW 52,522; JESCHEK JZ 59,46o hat vor allem gegen § 3 II WiStG dogmatische Bedenken; i.gl.S.GALLAS, Sitzungsniederschrift I S.87.

19) das OWG spricht nämlich in seinen § 2 zwar grundsätzlich das Erfordernis einer Abgrenzungsformel aus, beschränkt sich aber formell auf den Hinweis, daß sich die Beurteilung eines Mischtatbestandes nach der auf diese Handlung anwendbaren Abgrenzungsvorschrift zu richten habe.

2o) Die dahingehenden Vorschläge Eb.SCHMIDTS JZ 1951,1o3, lassen sich nicht allgemein durchführen, näheres s.u. S.195 ff.

21) SIEGERT BB 53,393.

2. Die r e c h t s p o l i t i s c h e Notwendigkeit einer Aufteilung des Gesamtstrafrechts.

Unsere Themaerfassung wäre recht vordergründig, wollte sie die nun einmal getroffene positive Entscheidung des Gesetzgebers einfach hinnehmen und die Frage nach der grundsätzlichen Möglichkeit und Notwendigkeit einer Aufteilung unterdrücken. Denn gerade weil die Unterschiede zwischen der Behandlung der Straftaten und derjenigen der Owi so krass sind, drängt sich die vorpositive Frage auf, ob es de lege lata überhaupt notwendig war und de lege ferenda notwendig sein wird, aus dem Gesamtstrafrecht die sog.Owi herauszulösen und einer besonderen Regelung zu unterstellen.

Müßte man diese Notwendigkeit verneinen, dann dürfte man in der bereits vollzogenen Aufteilung nichts anderes sehen als eine Spielerei des Gesetzgebers, die er jederzeit widerrufen und anders einrichten könnte, ganz zu schweigen von den rechtsstaatlichen Bedenken, die sich aus einer unnötigen, aber folgenschweren Spaltung des Strafrechts ergeben.

In Wirklichkeit hat der Gesetzgeber nichts Überflüssiges getan. Drei Gründe sind es vornehmlich, die eine Ausgliederung des Owi-Rechts aus dem Strafrecht als dringlich und unaufschiebbar erscheinen lassen. Sie wurden schon von Beginn der Diskussion um das Verwaltungsstrafrecht an immer wieder aufgegriffen und stehen gerade auch heute wieder im Vordergrund.

a) Da ist zunächst der mehr technische oder besser: justizökonomische Gesichtspunkt. Der Erlaß einer kaum übersehbaren Menge von Verwaltungsvorschriften und die erforderliche Ahndung ihrer Verletzung bringen es mit sich, daß die Gerichte mit oft ins reine Spezialistentum gehörenden Bagatellfragen belastet werden (22). Nachdem auf Grund der ständigen technischen Weiterentwicklung und die zwangsläufig damit verbundene Verkomplizierung des Lebens den Staat zur Sicherung und Aufrechterhaltung der Ordnung laufend neue

---

22) vgl.ERBS - KOHLHAAS Vorb.3 vor § 1 OWG

Verwaltungsaufgaben zufallen, kann kaum ein Rückgang der heutigen Gesetzgebungswelle erwartet werden. Im Gegenteil wird das ständig wachsende Sicherheitsstreben des modernen Menschen, ungeachtet der Gefahr, daß dadurch die Freiheit in ein immer feinmaschigeres Netz gefesselt wird, nach neuen Sicherheitsklauseln rufen und die Gesetzesflut nur noch mehr zum Anschwellen bringen. Unterwirft man ihre Sanktionierung und Ahndung dem normalen Strafverfahren, dann werden die Gerichte einfach überfordert und von vordringlicheren Aufgaben abgehalten; denn viel wichtiger als die Verfolgung der vielen kleinen Verstöße ist die Bewährung der Rechtsordnung bei den größeren Rechtsbrüchen. Will man die Gerichte für diese Aufgabe freihalten oder wieder frei machen, dann ist eine einschneidende Entlastung notwendig (23).

b) Neben diesem "utilitaristischen Standpunkt der Gerichtsentlastung" (24) erscheint eine Trennung der schweren von den leichten Delikten - ganz abgesehen davon, ob diese Trennung nun qualitativ oder auch quantitativ möglich ist - vor allem auch deshalb erforderlich, weil dem Bürger, der sich vor eine unterschiedslose Unzahl von Geboten und Verboten gestellt sieht, wieder ein Wertmaßstab in die Hand zu geben ist, mit dem er wenigstens in etwa noch eine wertrangmäßige Stufung verschiedener Unrechtsgehalte erkennen kann (25). Denn es ist den zur Achtung der Gesetze ver-

---

23) Gerade die Notwendigkeit der Gerichtsentlastung von Bagatellsachen gab dem Gesetzgeber den Anstoß, den von der Lehre längst geforderten Weg der Ausscheidung des sog.Verwaltungsunrechts allmählich zu beschreiten. Die ersten Vorschriften, die in dieser Richtung ergingen, so die Reichswarenverkehrsordnung vom 4.9.34/28.6.37, die PreisstrafrechtsVO vom 3.6.39, die KriegswirtschaftsVO vom 4.9.39 und die VerbrauchsregelungsstrafVO vom 6.4.4o (vgl.RIETZSCH JW 38,1o75 ff) wollten nur prozessuale Bedeutung haben, als sie in Gestalt der Ordnungsstrafen in Geld die Strafgewalt an die Verwaltungsbehörden übertrugen; vgl.MAURACH AT S.11

24) MAURACH AT S.11

25) Das Strafen- und Strafandrohungssystem des StGB konnte den nach einer Rangordnung des Unrechts suchenden Bürger einen solchen Wertmaßstab nicht geben; denn vor allem im Grenzbereich zwischen kriminellen und nicht mehr kriminellen Delikten ist der Unterschied zwischen einer angedrohten 3DM- oder looDM-Mindestgeldstrafe nicht gravierend genug, um dem Bürger die mit loo DM Mindeststrafe sanktionierte Tat als wertrangmäßig wesentlich anders erscheinen zu lassen. Der Bürger, sei

pflichteten Bürger zu helfen, bei der ein Lebensgebiet nach dem anderen erfassenden Flut der Gesetze die Wertungen richtig zu setzen.

In dieser Wertungsnot des Bürgers konnte eine Ausgliederung der nichtstrafwürdigen Unrechtssachverhalte aus dem Gesamtstrafrecht, sachgemäß durchgeführt, richtungsweisend sein. Vielleicht wäre die Strafe dann wieder das, was sie noch für Rud.v.J H E R I N G war, nämlich der"Wertmesser der sozialen Güter" (26).

c) Noch ein drittes Moment, das mit dem Vorhergehenden in innerem Zusammenhang steht, spricht für eine Sonderbehandlung des Owi-Rechts. Es ist getragen von der Befürchtung, daß sich die Strafe als sozialethischer Tadel und Anruf in ihrer Kraft und Wirkung verschleißen könnte, wenn sie auch zur Ahndung kleinster und sittlich völlig irrelevanter Normverstöße herangezogen wird. Beläßt man es nämlich bei der einheitlichen Behandlung des Gesamtstrafrechts und teilt man dem Kriminalstrafrecht nichtstrafwürdige Vorgänge und Aufgaben zu, die mit anderen Maßnahmen und durch andere Organe genauso, wenn nicht sogar besser bewältigt werden könnten, dann würdigt man Strafe und Gericht herab. (27).

ERBS - KOHLHAAS (28) sagen mit Recht, daß nur die Verhängung nichtkrimineller Bußen geeignet sei, der eigentlichen Kriminalstrafe ihre Würde und ihre abschreckende Wirkung zu bewahren, die bei Ausdehnung auf rein ordnungsbestimmte, oft sogar nur zeitbedingt erlassene Gesetze durch zu häufigen Gebrauch verloren ginge (29).

---

er selber betroffen oder will er einen Bestraften nach der Strafhöhe beurteilen, sieht nämlich weniger die größe Geldeinbuße als vielmehr den sozialethischen Tadel der Strafe, der bei 3 DM Geldstrafe ebenso eintritt. Soll mit diesem Tadel auf jeden Rechtsbruch reagiert wird, so scheinen sie alle als im wesentlichen wertgleich. Hier ist eine Besinnung auf den Sozialeffekt der Strafe nötig und dementsprechend eine Unterscheidung nach dem Grad der "Strafwürdigkeit" durchzuführen. Vgl.im einzelnen u.13% ff

26) Rud.v.JHERING, Der Zweck im Recht I S.384.
27) vgl.MAURACH AT S.11
28) ERBS - KOHLHAAS Vorb.3 § 1 OWG.
29) so auch Eb.SCHMIDT, Materialien I S.17; DALCKE - SCHÄFER, Vorbemerkung vor § 1 OWG.

Diese 3 Hauptargumente (30) mögen genügen um zu zeigen, daß die Abgrenzungsdiskussion nicht nur ein theoretischer Streit ist, sondern daß ein praktisches Bedürfnis, ein "rechtsstaatliches Anliegen" (31) dahintersteht, und zwar sowohl auf Grund der nun einmal getroffenen positivrechtlichen Aufteilung des Gesamtstrafrechts, als auch in höherem Maße noch auf Grund der kriminalpolitischen Gefahren, die dem Zweck und der Würde des staatlichen Strafens durch die moderne Gesetzesflut bedrohlich werden.

3. Das Unvermögen der bisherigen Abgrenzungstheorien.

Die vorgenannten K r i m i n a l - und r e c h t s p o l i t i s c h e n Aufgaben können nun trotz der bereits vollzogenen Herauslösung des Owi-Rechts aus dem Strafrecht noch nicht als gelöst betrachtet werden. Denn ganz abgesehen von dem weiterbestehenden Bedürfnis, einerseits dem Gesetzgeber für die Tatbestandsbildung, andererseits dem Praktiker für die Einordnung der Mischtatbestände eine brauchbare Abgrenzungsformel in die Hand zu geben, ist mit Durchführung der Trennung nur ein erster Schritt getan. Nicht weniger wichtig ist die materielle Ausgestaltung und Ausdeutung der Ordnungswidrigkeit und Geldbuße, zumal sich daraus wesentliche Folgerungen für die Art und die Grundsätze der prozessualen Behandlung ziehen lassen.

Diese Fragen hat der Gesetzgeber weitgehend der Wissenschaft überlassen. Ihre Beantwortung hängt ganz entscheidend von der grundlegenden Abgrenzungskonzeption ab. Ist diese falsch, muß man auch in materiellen und prozessualen Fragen des Owi-Rechts auf Irrwege geraten. Dies beweist sich vor allem auch an der Konzeption der Verwaltungsstrafrechtstheorie, die der theoretische Ausgangspunkt der derzeitigen Regelung ist; denn wie an anderer Stelle zu zeigen wird, ist sie nicht in der Lage etwa die Probleme der versuchten Owi, der Konkurrenzlehre oder der Geldbuße in widerspruchslöser Weise

---

30) Über die Gründe, die hauptsächlich in der älteren Literatur geltend gemacht wurden, vgl. TROPS aaO. S.14 ff u. Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.516 ff.
31) MITTELBACH DÖV 1957,252 Anm.5.

zu lösen. Noch viel weniger reichen die sonstigen Abgrenzungskonzeptionen aus, nicht zuletzt deshalb, weil sie sich meist mit Aufweis eines Unterscheidungskriteriums begnügen und die daraus zu ziehenden Konsequenzen vernachlässigen.

Diese Bedenken gegen die vorliegenden Abgrenzungskonzeptionen im einzelnen vorzutragen und der Versuch, einen eigenen Lösungsweg zu zeigen, mögen Rechtfertigung der folgenden Untersuchung sein.

II. Der Gang der Untersuchung.

1. Zum Aufweis des heutigen Problemstandes ist in einem 1. Teil ein kritischer Überblick über die bisherigen Abgrenzungsbemühungen zu geben.

Da das Ziel dieser Untersuchung jedoch keineswegs ein historisches ist und deshalb lediglich der problemgeschichtlich notwendige Ansatzpunkt für eine fruchtbare Weiterführung der Diskussion zu suchen ist, darf sich dieser problemgeschichtliche Teil in zweierlei Hinsicht beschränken: einmal erscheint es nicht notwendig, die Geschichte des Abgrenzungsproblems bis in seine ersten Anfänge zurückzuverfolgen (32), sondern es genügt jene Meinungen und Anschauungen zu bringen, die auch heute noch wesentlich und beachtenswert sind. Zum anderen mag es gerechtfertigt sein, in durchaus ahistorischer Betrachtungsweise eine mehr systematische Darstellung des Meinungsstandes zu versuchen.

Trotzdem wird man nicht ohne jeden geschichtlichen Überblick auskommen können. Zur problemgeschichtlichen Orientierung muß deshalb das 1. Kap. mit einem kurzen geschichtlichen Abriß eingeleitet werden (§ 2). Ihm folgt die systematische Übersicht über die bisherigen Versuche einer qualitativen Abgrenzung (§ 3), darauf die Darstellung jener Meinungen, die die Möglichkeit einer Unterscheidung von Straftaten und Owi grundsätzlich leugnen bzw. ihr nur eine quantitative Bedeutung beimessen (§ 4).

---

32) vgl. dazu die eingehenden Forschungen von J. GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht S. 1 ff.

Eine ausführliche Darstellung (2.Kap.) erfordert die Verwaltungsstrafrechtstheorie als die heute herrschende und auch dem OWG theoretisch zugrunde liegende Lehre. Sie wird in ihren einzelnen Entwicklungsstadien (J.GOLDSCHMIDT, Erik WOLF, Eb.SCHMIDT) (§§ 5 - 7) und in ihrer Ausformung durch die heutige Lehre und Rechtsprechung (§ 8) gezeigt.

Auch die Kritik der Verwstrth. (3.Kap.) hat sich eingehend mit deren Argumenten zu befassen. Nach einem Aufriß der Problemstellung (§ 9) sind zunächst vor allem die inneren Widersprüche wesentlich, die sich für die Verwstrth. bei konstruktiver Durchführung ihrer Konzeption selbst ergeben müssen (§ 10). Auch ihre grundlegende These, daß die Owi im Gegensatz zur Straftat keine Rechtsgutsverletzung sei, läßt sich nach eingehender Erforschung des Rechtsgutsbegriffes und des in den Owi beeinträchtigten "Zweckes" nicht aufrechterhalten (§ 11). Ebensowenig läßt sich vom Standpunkt der Lehre vom personalen Unrecht aus auf Grund des behaupteten "reinen Ungehorsams der Owi" ein qualitativer Unterschied gegenüber dem personalen Unwert der Straftaten aufweisen (§ 12). Weiterhin müssen auch die Konsequenzen, die die Verwstrtheorie aus dem Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung herleitet, als unvollziehbar abgelehnt werden (§ 13). Schließlich sind noch die Bedenken vorzutragen, die sich aus ethisch-phänomenalen und staatsphilosophischen Grundsätzen gegen die Konzeption der Verwstrth. erheben (§ 14).

2. Im 2.Teil soll dann der eigene Lösungsweg für eine Abgrenzung gesucht werden. Er soll von einem Prinzip her gewonnen werden, das, wie sich in einem hinführenden Abschnitt (§ 15) zeigen wird, als treibendes Motiv auch hinter den bisherigen Lösungsvorschlägen stand, das aber in seinem Gehalt als Abgrenzungskriterium noch nicht allgemein erkannt ist, nämlich das Prinzip der Strafwürdigkeit.

Dieser Begriff ist zwar in sich selbst schon mehrdeutig und von der Rechtslehre, wenn überhaupt beachtet, bisher kaum klar herausgearbeitet worden (§ 16). Dennoch läßt er sich rational durchdringen und in seinen wesentlichen Strukturelementen erfassen (§ 17). Es sind dies die Gedanken der Strafbedürftigkeit (§ 18) und des Strafe-verdienens (§ 19).

Die größere Bedeutung hat dabei das Prinzip des Strafe-Verdienens. Aus ihm ergeben sich im wesentlichen die Forderungen die an eine Unrechtshandlung gestellt werden müssen, um strafwürdig zu sein. So verlangt das in der Strafe über den Täter ausgesprochene sozialethische Unwerturteil, daß dieser auch etwas sozialethisch Mißbilligenswertes getan hat, wenn er Strafe verdient haben soll. In Anbetracht der Bedeutung, die damit dem Begriff des Sozialethischen zukommt und angesichts der Beiläufigkeit, mit welcher er meist behandelt wird, verlangt er besondere Beachtung und Erläuterung (§ 2o). Dabei ist vor allem das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtsgütern und den in der Straftat mitverletzten Normen hinzuweisen; denn erst durch den Bezug auf die in ihrer Werthaftigkeit erkennbaren Rechtsgüter werden auch die sozialethischen Normen, deren Verletzung den Täter der verdienten sittlichen Mißbilligung aussetzt, allgemein erkennbar und verbindlich. Ist ein Rechtsgut dagegen nicht allgemein erkennbar, dann kann sein Schutz auch nicht sozialethisch verpflichtend werden, so daß hier der Verletzer nichts sozialethisch Mißbilligenswertes tut.

Auf diese Grundlage läßt sich dann schließlich die Bestimmung dessen treffen, was strafwürdig und was nicht strafwürdig ist (§ 21); sie ist ausschlaggebend für die Abgrenzung von Straftaten und Owi. Wesen und Wert dieser Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit seien dann in einem abschließenden Abschnitt dieses grundsätzlichen Kapitels gewürdigt (§ 22).

Doch wie sich jede Abgrenzungskonzeption nicht bloß auf die eigentliche Abgrenzung beschränkt, sondern auch Konsequenzen für die materielle und prozessuale Ausgestaltung der ausgeschiedenen Delikte hat, so wird sich die gewonnene Abgrenzungskonzeption auch in der Lösung solcher Grenzprobleme zu bewähren haben. Die Verwstrtheorie versagt hier weitgehend und setzt sich nicht nur mit sich selbst, sondern auch mit dem Gesetz in Widerspruch. Zu solchen Inkonsequenzen ist die hier vertretene Konzeption nicht gezwungen; hiernach lassen sich die Probleme der Schmidtschen Formel(§23), der versuchten Owi(§24), des Unrechtsbewußtseins (§ 25), der Konkurrenzlehre (§ 26) und der Rechtsnatur der Geldbuße (§ 27)

widerspruchslos erklären. Vielleicht spricht gerade das am stärksten für die Richtigkeit der gefundenen Abgrenzungsformel.

3. Als Hauptziel steht dieser Untersuchung weiterhin vor Augen, aus dem durch die Verwstrtheorie allzu eng auf die Verwaltungsdelikte abgesteckten Rahmen auszubrechen, um auch solche nichtstrafwürdigen Unrechtssachverhalte in die Abgrenzungsproblematik mit einzubeziehen, die nicht in den eigentlichen Bereich der Wirtschafts- und Verwaltungsdelikte gehören; denn erst dadurch kann die schon lang erhobene und erwogene Forderung nach Überführung der nichtkriminellen Übertretungstatbestände in das Owi-Recht (33) auf breitester Basis in Angriff genommen werden.

III. Terminologisches.

Die abwechslungsreiche Geschichte des Abgrenzungsproblems hat eine Vielzahl verschiedenster Begriffe gebracht, die zwar jeweils zugleich Ausdruck ihrer zugrunde liegenden Abgrenzungskonzeption sein wollen, alle aber auch darin übereinstimmen, daß sie, sei es quantitativ oder qualitativ, einen Unterschied zwischen den schwereren und den leichteren Delikten zum Ausdruck bringen wollen.

Im folgenden sollen die Bezeichnungen des OWG gebraucht werden. Die "Straftat" des OWG ist dabei gleichbedeutend mit "kriminellem Unrecht", "Kriminal"- oder "Justizstrafrecht", die "Ordnungswidrigkeit" des OWG steht für die sonst gebrauchten Begriffe des "Verwaltungsdelikts", der "Bagatellsache", des "polizeilichen Unrechts", des "Polizei"- oder "Verwaltungsstrafrechts"; die "Geldbuße" des OWG soll die Begriffe der "Ordnungsstrafe", der "Verwaltungs"- oder "Polizeistrafe" und des "Mahngeldes" ersetzen.

Soweit eine Bezeichnung für die Kennzeichnung der betreffenden Abgrenzungskonzeption charakteristisch ist, wird sie im betreffenden Zusammenhang den derzeitigen Gesetzesbezeichnungen vorgezogen.

---

33) vgl.ROTBERG S.42; ERBS - KOHLHAAS Vorb.3 vor § 1 OWG; u. in G.A.1956,244, PATZIG DÖV 1956,295 ff; MITTELBACH NJW 58,986; speziell zur Überführung der Straßenverkehrsübertretungen in das Owi-Recht vgl.WIMMER DAR 57,169; BODE DAR 58,229; 59,9; JESCHEK JZ 59,458 f.

Erster Teil

Darstellung und Kritik der bisherigen Abgrenzungsversuche, insbesondere der Verwaltungsstrafrechtstheorie.

1. Kapitel:

Systematischer Überblick über die zum Abgrenzungsproblem vorgebrachten Theorien.

§ 2. Kurzer geschichtlicher Abriß des Abgrenzungsproblems.

1. Die Ursprünge der Unterscheidung von Straftat und Owi reichen weit zurück. Nach James GOLDSCHMIDT, der in umfangreichen historischen Untersuchungen diesen Quellen nachging, sind bereits in der Banngewalt der fränkischen Könige Ansätze für ein selbständiges Verwaltungsstrafrecht zu erblicken (1). Vital SCHWANDER sieht für das schweizerische Recht die Unterscheidung teilweise in dem mittelalterlichen Gegensatz von Bluts- und niederer Gerichtsbarkeit begründet (2). Auch die Reichspolizeiordnungen von 153o, 1548 und 157o und später die Polizeistrafgesetzbücher der Länder fußen bereits auf der Anerkennung eines Unterschiedes zwischen Kriminalunrecht und Polizeiunrecht.

Allerdings fehlte es an einer konsequenten Herausbildung und begrifflichen Abgrenzung ebensosehr wie an einer gleichmäßigen Handhabung. Vor allem war die heute im Vordergrund stehende Problematik von qualitativer oder nur quantitativer Unterscheidbarkeit der beiden Bereiche noch völlig unbekannt (3).

---

1) vgl. J. GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht S.1 ff;
2) V. SCHWANDER, Das schweiz. StGB S.12
3) Trotzdem kann man deswegen nicht jeden geschichtlichen Unterschied leugnen, wie es H.MAYER S.72 tut; auch nach FRANK, StGB S.788 kann die historische Unterscheidung nicht bestritten werden.

Um diese Mängel zu erkennen und ihnen abzuhelfen, bedürfte es wohl erst der um 1800 einsetzenden Neubelebung der Strafrechtswissenschaft und den vom Rechtsstaatsgedanken getragenen Gesetzgebungsreformen (4). Bezeichnenderweise wurde denn auch die erste wissenschaftlichen Maßstäben entsprechende Abgrenzungstheorie von FEUERBACH, einem der Vorkämpfer des neuen Strafrechts (5), entwickelt.

Im Laufe des 19.Jhdt's wurden dann noch verschiedene andere Theorien vorgebracht, und zwar, aufmerksam geworden auf die eigentliche Problematik der Abgrenzung, solche qualitativer Natur. Doch keine von ihnen vermochte restlos zu überzeugen. Deshalb konnte sich der Gesetzgeber des StGB von 1871 nur für eine quantitative Einteilung des strafbaren Unrechts je nach der gradmäßig, nicht wesensmäßig verschiedenen Schwere entscheiden (6).

2. Als dann um die J a h r h u n d e r t w e n d e mit Entwicklung der Verwaltungsstrafrechtstheorie durch James GOLDSCHMIDT die Abgrenzungsdiskussion in ein neues und fruchtbares Stadium getreten war und schließlich 1911 im Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches (7) diese Abgrenzungskonzeption erstmals gesetzgeberisch verwertet wurde, da verschwand der Gedanke einer qualitativen Unterscheidung und Gegenüberstellung von Straftaten und Owi nicht mehr aus den Reformvorschlägen und -bestrebungen (8). So konnte Erik WOLF seinen Beitrag zur Vertiefung der Verwstrtheorie in der Festgabe für FRANK nicht ohne Berechtigung mit der

---

4) zur geistesgeschichtlichen Situation des Strafrechts jener Zeit vgl.v.HIPPEL, Strafrecht I S.287 ff.
5) vgl.v.HIPPEL aaO. S.295.
6) Daß der Gesetzgeber des StGB trotz der Zusammenfassung der Übertretungen in einem eigenen Abschnitt und ihrer teilweisen Sonderbehandlung nur einen quantitativen Unterschied zwischen den Übertretungen und den Vergehen und Verbrechen machen wollte, zeigen die Verhandlungen des Reichstags des Nddt.Bundes (Session 187o Anl.5, S.87); das wird heute auch von der Verwstrtheorie nicht mehr bestritten, vgl. Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.517; MAURACH AT S.11; Eb. SCHMIDT, Sitzungsniederschrift I S.333, a.A. noch KAHL, Verhandl.des 27.Juristentages Bd.III S.213.
7) vorgelegt von KAHL, v.LISZT, v.LILIENTHAL u.GOLDSCHMIDT.
8) Einzelheiten s.bei Erik WOLF, S.517 ff, Eb.SCHMIDT, Sitzungsniederschrift I S.333.

zuversichtlichen Feststellung beginnen, daß die gesetzliche und richterliche Sonderbehandlung der Verwaltungsdelikte unmittelbar bevorstehe (9).

3. Soweit kam es jedoch nicht; denn mit Emporwachsen der "neuen Staats- und Volksordnung" (1o) des N a t i o n a l s o z i a l i s m u s trat die so schwungvoll in Gang gekommene Diskussion um das Verwaltungsstrafrecht völlig in den Hintergrund und ihre fruchtbaren Ergebnisse wurden weitgehend ignoriert. Nach der überzeugenden Ansicht von Eb. SCHMIDT (11) hatte dieser radikale Bruch mit der Vergangenheit politische Gründe; denn für den omnipotenten Machtstaat hätte die rechtsstaatlich abgegrenzte Sonderbehandlung der Verwaltungsdelikte eine unbequeme Fessel sein müssen. RAUCH gibt das auch offen zu, wenn er mit MEESKE den Begriff der Ordnungsstrafe dem der Verwaltungsstrafe deshalb vorzieht, "um sie (die Ordnungsstrafe) nicht mit der rechtsstaatlichen Herkunft dieses Begriffes (der Verwaltungsstrafe) zu belasten" (12).

In krassem Gegensatz zu der Reserviertheit der Wissenschaft, sich weiter um eine rechtsstaatlich vertretbare Abgrenzungskonzeption zu bemühen, stand die Aktivität des Gesetzgebers, der vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts eine enorme Zahl von Gesetzen herausbrachte (13). Das neue und gefährliche daran war weniger die häufige Verwendung der Ordnungsstrafe - denn diese hatte es vorher auch schon gegeben (14) - als vielmehr die Befugnis der Verwaltungsbehörden, Zuwiderhandlungen, die schon mit Kriminalstrafe bedroht waren, auch nach eigenem Ermessen mit Ordnungsstrafe ahnden zu können, ohne daß die Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung gegeben war (15). So konnte es

---

9) FRANK-Festgabe II S.516
1o) RAUCH, ZStW 58,96
11) NdtWiStr S.13
12) ZStW 58/96
13) eine Übersicht über die wichtigsten Wirtschaftsstrafgesetze nach 1933 s.bei KISCHA S.11 Anm.4o.
14) vgl.KRAKENBERGER, Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe S.63 ff.
15) vgl. RIETZSCH JW 38,1o76; Eb.SCHMIDT SJZ 48,228

nicht ausbleiben, daß die Justiz immer mehr aus dem Wirtschaftsstrafrecht verdrängt und damit dem gewaltunterworfenen Bürger das unparteiische Kontrollorgan entzogen wurde. Dieser Entwicklung des Machtstaates konnte das Unvermögen der Wissenschaft, eine qualitative Unterscheidung zu bieten, nur willkommen sein (16).

4. Trotz der rechtsstaatlichen Mängel der nationalsozialistischen Wirtschaftsstrafgesetze mußten diese n a c h 1 9 4 5 zunächst im wesentlichen beibehalten und sogar noch erweitert werden, da die schwierige staatsrechtliche Situation und die katastrophale Wirtschaftslage eine umfassende Neuordnung nicht zuließen. Dies war erst möglich, als sich die amerikanische und britische Besatzungszone zusammengeschlossen hatten und sich dadurch die wirtschaftlichen Verhältnisse besserten. Das erste Gesetz auf dieser Basis, das Bewirtschaftungsnotgesetz vom 3o.1o.1947 (WiGBl.1949 S.3), brachte nur eine teilweise Bereinigung.

Größere Bedeutung hatte dann das umfassendere Gesetz zur Vereinfachung des Wi-Strafrechts vom 26.7.1949 (WiGBl.S.193), weil hier erstmals die gesetzliche Trennung von Straftat und Owi auf Grund der von Eb.SCHMIDT neubelebten Verwaltungsstrafrechtstheorie getroffen und dem Praktiker für die Einordnung der Mischtatbestände in § 6 eine Abgrenzungsformel zur Verfügung gestellt wurde.

Da dieses Gesetz nur eine befristete Geltungsdauer haben sollte (17) und man ein allgemeines, vom schwankenden Schicksal des Wi-Strafrechts losgelöstes und auf alle Verwaltungsgebiete anwendbares Rahmengesetz für erstrebenswert hielt (18),

---

16) Zur Geschichte des Wi-Strafrechts in der NS-Zeit vgl.neben Eb.SCHMIDT NdWstr.S.21 ff neuerdings auch JESCHEK JZ 59,457 f.

17) Es wurde jedoch mehrmals geändert und verlängert und gilt gem.§ 2o Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wi-strafrechts vom 9.7.1954 (BGBl.I S.175) idF v.25.3.1952 u. 17.12.1952 für Devisenzuwiderhandlungen heute noch, während im übrigen das o.g.WiStG v.1954 an seine Stelle getreten ist vgl.ROTBERG S.36 ff.

18) vgl.Amtl.Niederschrift S.8250 über die 199.Sitzung des Bundestages vom 19.3.1952.

wurde dann auf der Abgrenzungskonzeption des Wi-strafgesetzes von 1949 das als Rahmengesetz gedachte Ordnungswidrigkeitengesetz vom 27.3.1952 (BGBl.I S.177) geschaffen.

Inzwischen sind zahlreiche Spezialgesetze ergangen, die auf dem OWG aufbauen und Owi-Tatbestände schaffen (19). Auch die theoretisch zugrunde liegende Verwaltungsstrafrechtstheorie erfreut sich im Schrifttum und Rechtssprechung wachsender Anhängerschaft (2o). (21).

§ 3. Die bisherigen qualitativen Abgrenzungsversuche.

I. Methodische Vorbemerkung.

1. Es hat seinen guten Grund, daß erst mit FEUERBACH die Unterscheidung von Kriminalunrecht und Polizeiunrecht in ihrer quantitativ-qualitativen Problematik erkannt wurde; denn solange das Wesen eines Gegenstandes, hier des Verbrechens, noch nicht feststeht, kann von ihm auch noch nichts wesensmäßig Verschiedenes abgeschieden werden. FEUERBACH hatte eine fein durchdachte und systematisch durchkonstruierte Strafrechtskonzeption. Für ihn bestand das Wesen des Verbrechens in der Verletzung eines subjektiven Rechtes (1); damit mußte all das als wesensmäßig anders ausscheiden, was kein subjektives Recht verletzte. Derjenige, der eine andere Auffassung vom Wesen des kriminellen Verbrechens hat, muß deshalb notwendig auch zu einer anderen Abgrenzungslinie kommen. Da aber die Verbrechensauffassung selbst wieder engstens verknüpft ist mit der jeweiligen Strafrechtsauffassung (2), so

---

19) vgl.die Gesetzgebungsübersichten bei SCHLEGTENDAL S.1-6 ff (bis 1956) und bei JESCHEK, Revue de droit penal et de criminologie 1959/6o S.75 f (für 1957/58); ferner PATZIG DÖV 56,261 ff, 295 ff.

2o) vgl.dazu im einzelnen u.S.47 ff.

21) Über die theoretische und gesetzliche Entwicklung des Abgrenzungsproblems in anderen Rechtskreisen vgl.die rechtsvergleichende Übersicht von Harald SCHOTTELIUS in Materialien II 1 S.11 ff.

1) vgl. u.S.22

2) denn wandelt sich die Auffassung vom Wesen und Zweck des Strafrechts, so wandelt sich auch die Auffassung vom Wesen des Verbrechens und umgekehrt. Das läßt sich heute gerade an der Theorie des personalen Unrechts beobachten (vgl.dazu WELZEL, Strafrecht S.1 ff): man kann nämlich das materielle Unrecht nur dann im personalen Aktunwert aufgehen lassen, wenn man den Hauptzweck des Strafrechts im Schutz von Gesinnungswerten sieht.

kann es nicht verwundern, wenn die ständigen Veränderungen der strafrechtlichen Gesamtkonzeption eine Unzahl von Abgrenzungstheorien im Gefolge hatten.

2. Daraus ergibt sich ein zweites: man hat die Kritik einer Abgrenzungstheorie in zweierlei Richtung zu führen. Zunächst wird man eine Theorie darauf überprüfen müssen, ob sie in sich selbst widerspruchslos ist, d.h. ob sie mit dem Wesen des zugrunde liegenden Verbrechens- und Strafrechtsbegriffes übereinstimmt. Selbst wenn das zutrifft, ist ihre Gültigkeit jedoch noch nicht dargetan; denn auch der betreffende Verbrechens- und Strafrechtsbegriff selbst muß einer Kritik standhalten können.

Für die Kritik der anschließend darzustellenden Abgrenzungstheorien ergibt sich daraus die Aufgabe, nicht nur deren entscheidende Abgrenzungsmerkmale, sondern auch ihren strafrechtstheoretischen Standort zu bestimmen und zu würdigen.

3. Bei der Darstellung dieser Theorien wird versucht, sie nach übergeordneten Gesichtspunkten zu gliedern. Danach ergeben sich vier Gruppen: die erste unterscheidet nach Unrechtskriterien (II), die zweite nach Schuldkriterien (III); eine dritte versucht von den Rechtsfolgen her eine Abgrenzung zu gewinnen (IV) und die vierte nach außerrechtlichen Gesichtspunkten (I) (3).

II. Die Abgrenzung nach U n r e c h t s k r i t e r i e n

Innerhalb der Reihe derer, die auf Unrechtsebene einen qualitativen Unterschied von Straftat und Owi zu begründen versuchen, sind zunächst jene zu nennen, die aus der

---

3) weitere Übersichten, wo teils nach anderen Gesichtspunkten oder unter Verzicht auf solche gegliedert ist, siehe bei FRANK IKV Bd.7,187; ROSENBERG ZStW 24,5 ff; UMHAUER, Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts S.15; NORDBECK, Reformbestrebungen auf dem Gebiete der Übertretungen S.3 ff; KISCHA S.4 ff.

1. Verschiedenheit des A n g r i f f s o b j e k t s
ein Abgrenzungskriterium folgern wollen.

a) Hierher gehört die Abgrenzungstheorie FEUERBACHs. Für ihn besteht, wie bereits bemerkt, das Wesen des Verbrechens in der Verletzung staatlicher oder privater Rechte (4). Demgegenüber enthält das polizeiliche Unrecht keine Rechtsverletzung, ist "jedoch wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten" (5). Grenzkriterium ist also die Rechtsverletzung (6).

Diese Theorie mußte schon damals zu unerträglichen Ergebnissen führen; denn folgerichtig durchgeführt mußte sie auch eindeutig kriminelle Delikte wie Notzucht, Blutschande, Bankrott zu Polizeivergehen erklären, weil sie keine Rechtsverletzungen waren (7).

Inzwischen ist aber auch ihr Verbrechensbegriff längst überholt, nachdem das subjektive Recht als Angriffsobjekt des Verbrechens bereits in der ersten Hälfte des 19. Jhdts (mit BIRNBAUM) dem elastischeren und sachgerechteren Begriff des Rechtsguts weichen mußte und die Aufgabe des Strafrechts nicht mehr nach liberalistisch-individualistischer Auffassung im Schutz festumrissener subjektiver Rechte besteht, sondern auch soziale Güter und Interessen als schutzwürdig anerkannt sind (8).

b) Auch die Verwaltungsstrafrechtstheorie stellt bis zu einem gewissen Grade die Abgrenzung auf einen Unterschied

---

4) vgl. seine "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts" I S.65; II S.12; Bay. StGB v.1813 Art.2, zitiert nach v.HIPPEL, Strafrecht I S.297.
5) Bay. StGB 1813 Art.2 Abs.4.
6) ähnlich auch LUDEN, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Recht 1836-184o, Bd.2 S.168 ff;
7) so denn auch FEUERBACH, vgl.v.HIPPEL I S.297 Anm.4; mit Recht fragt FRANK IKV 7,19o, ob man bei solch enger Auffassung dann nicht auch Verletzungen des Lebens für Polizeivergehen halten müßte.
8) vgl.auch die Kritik von ROSENBERG ZStW 24,5; BINDING, Normen I, S.315 Anm.2.

im Angriffsobjekt ab. Stand sich bei FEUERBACH noch das Objektspaar "subjektives Recht - rechtliche Ordnung und Sicherheit" gegenüber, so hat an dessen Stelle die Verwaltungstheorie unter dem Wandel des Rechtsgutsbegriffes und unter Einbeziehung der Lehren von Rechtswert und Verwaltungsgut ein neues Objektspaar "Rechtsgut-Verwaltungsgut" gesetzt (9).

Allerdings ist dadurch nur eines der Kriterien genannt, die für die Verwstrtheorie zusammen den qualitativen Unterschied ausmachen. Vor allem steht für sie der behauptete reine Ungehorsam der Owi im Vordergrund. Deshalb ist die Verwstrtheorie mehr zu jenen Theorien zu rechnen, die auf die Verschiedenheit des Unrechtsgehalts abstellen (10).

Weiterhin wurde versucht, die Abgrenzung nach dem

2. I n t e n s i t ä t s g r a d des Angriffs

zu bestimmen.

a) Hierbei wurde ursprünglich darauf abgestellt, ob eine Handlung wegen ihres Charakters als Rechtsgüterverletzung oder nur wegen ihrer Gefährlichkeit verboten war. Kriminelles Unrecht sollten jene Delikte sein, die Rechtsgüter verletzen, Polizeidelikte solche, die Rechtsgüter gefährden (11).

Hiergegen hat ROSENBERG (12) mit Recht geltend gemacht, daß nach dieser Ansicht auch die Versuchsdelikte wie Mordversuch, Betrugsversuch wegen ihres Charakters als Gefährdungsdelikte nur Polizeivergehen seien. Diese willkürliche Zerreißung des gleichen Tatbestandes in seine Verwirklichungsformen geht überdies am inneren Unwert des Versuchstäters vorbei.

b) Mit der weiteren Differenzierung des Gefährdungsbe-

---

9) vgl. Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.521 ff
10) Näheres s.u.S.27 und bei der besonderen Darstellung der Verwstrtheorie im 2.Kap. (S.47 ff).
11) so KÖSTLIN, System des dt.Strafrechts (1855) § 18 S.17; STÜBEL, Archiv des Criminalrechts n.F.Bd.8, 236 ff. - allem S.269 f.
12) ZStW 24,6.

griffes wurde diese Theorie dann dahin weitergeführt, daß man nicht mehr einfach Verletzung und Gefährdung gegenüberstellte, sondern nur mehr die abstrakte Gefährdung der Verletzung und konkreten Gefährdung. Demnach sollten nur jene Handlungen Polizeiunrecht sein, welche lediglich eine generelle Gefährdung von Rechtsgütern enthielten. Nach FRANK (13), dem Hauptvertreter dieser Theorie (14), sei die mögliche Gefährdung hier nur Motiv der Strafdrohung, aber kein Erfordernis des Tatbestandes (15).

Diese Theorie übersieht, daß auch sog.abstrakte Gefährdungsdelikte durchaus in ihrem Unrechtsgehalt den typischen kriminellen Verletzungsdelikten gleichkommen können, beispielsweise die Brandstiftung eigener Sachen (§ 3o8 StGB).

Umgekehrt sind auch viele Tatbestände, die man gemeinhin zu den leichteren Übertretungen zählt, Verletzungs- und nicht bloß Gefährdungstatbestände, so die Störung der Sonntagsfeier (§ 366 Nr.1 StGB) oder die falsche Namensangabe (§ 36o Nr.8 StGB). Außerdem ist die Grenze zwischen "noch abstrakt gefährdend" und "schon konkret gefährlich" zu schwer feststellbar als daß sie für eine derart bedeutsame Abgrenzung rechtsstaatlich vertretbar wäre (16). Darüber hinaus ist es zweifelhaft, ob man dem Staat überhaupt ein Sanktionierungsrecht für solche Handlungsvollzüge zubilligen dürfte, von deren Nichtschädlichkeit man ausgeht (17).

Bezeichnenderweise ist FRANK selbst später von dieser Abgrenzungstheorie abgerückt (18).

---

13) IKV 7, 19o
14) weitere Anhänger: ROHLAND, Die Gefahr im Strafrecht, 1886, S.6, 17; HÄLSCHNER, Dt.Strafrecht 1887, Bd.2 S.599 f; GEYER, Grundriß zu Vorlesungen 1884, S.87; weitere Angaben s.bei GOLDSCHMIDT, Verwstrafrecht S.456 Anm.53.
15) ein Gedanke, der ähnlich heute auch von Rich.LANGE vorgebracht wird, vgl. JZ 56,523 Anm.29.
16) vgl.auch MEYER-ALLFELD, Strafrecht S.25.
17) vgl.auch die Kritik von GUDERIAN ZStW 21,859 ff; HATSCHEK, Verwaltungsrecht (3/4.Aufl.) S.154 f.
18) Nachdem er zeitweilig eine Abgrenzung nach der Moralwidrigkeit befürwortet hatte (vgl.IKV 12,215), gab er mit der 15.Aufl.seines Kommentars (S.322) sein Festhalten an einer qualitativen Unterscheidbarkeit auf und vertritt eine quantitative Unterscheidung nach dem Grad der Schwere, dabei angelehnt an der Unrechtscharakterisierung der Verwstrtheorie, jedoch ohne deren Abgrenzungskonzeption anzuerkennen; vgl.dazu auch STIENEN, ZStW 46,17 ff.

3. Abgrenzung nach der Verschiedenheit des Unrechtsgehalts.

Es handelt sich hier um einen Abgrenzungsversuch, der schon am Ende des letzten Jhdts die größte Anhängerschaft gefunden hatte und in seiner Weiterentwicklung zur Verwstrtheorie auch heute noch weitverbreitete Anerkennung genießt (19).

a) Die Abgrenzung nach der Verschiedenheit des Unrechtsgehalts wurde schon in ihrer ursprünglichen Gestalt, d.h. vor ihrer Umformung durch die Verwstrtheorie, von den namhaftesten Kriminalisten der Jahrhundertwende vertreten, so von BINDING (2o), MERKEL (21) v.LISZT (22) und OLSHAUSEN (23).

Sie gründet auf der bekannten Normenlehre BINDINGs, wonach hinter jedem Strafgesetz eine Norm steht, deren Verletzung den eigentlichen Inhalt der Rechtswidrigkeit ausmacht (24). Da die Norm auf Seiten des Staates ein Recht auf Botmäßigkeit begründet (25), ist Angriffsobjekt des Delikts das Recht auf Botmäßigkeit (26). Freilich liegt eine solche Unbotmäßigkeit,

---

19) Anfangs wurde diese Theorie oft mit der zuvor besprochenen Gefährdungstheorie FRANKs gleichgestellt, da sie deren Mängel zu beheben suchte. Das hat sehr verwirrend gewirkt und war auch nicht richtig; denn während FRANK noch an verschiedenartigen Erscheinungsformen der Tatbestandshandlung anknüpft, wird jetzt viel stärker die Verschiedenheit des Unrechtsgehalts zur Grundlage der Abgrenzung gemacht, vgl.GUDERIAN ZStW 21,861.

2o) Normen I S.313 ff, insbes. S.326 f; allerdings lehnt er eine unterschiedliche Behandlung de lege lata wie auch die Bezeichnung Polizeiunrecht-Verbrechen entschieden ab (Normen I S.4o9); Normen II 2 S.12o4 f); spricht sich aber ebenso überschwänglich für eine Trennung de lege ferenda aus, Normen II 2 S.12o4 Anm.35.

21) Kriminalistische Abhandlungen, 1867, Bd.1 S.95 ff; Lehrbuch (1889) S.45 f.

22) Lehrbuch 14/15.Aufl.S.117

23) Kommentar 6.Aufl. Bd.1 S.37.

24) Normen I S.7 ff.

25) Normen I S.96

26) Normen I S.299/3o8

da sie in jeder Normwidrigkeit zum Ausdruck kommt, auch bei den sog.Polizeidelikten vor; ebenso hat sie den gleichen Inhalt wie bei den Kriminaldelikten, nämlich Mißachtung des öffentlichen Rechtes auf Botmäßigkeit. Deshalb kann ein Unterschied zwischen beiden Deliktsarten nur dann bestehen, wenn sich die Normen nach dem G e h a l t ihrer Befehle in wesentlich verschiedene Gruppen zerlegen lassen (27). Für BINDING scheint dies dadurch möglich, daß der Staat in jeweils abgestufter Entfernung die zu schützenden Rechtsgüter mit "Befestigungswerken" umgibt, nämlich in Form von Verletzungs-, Gefährdungs- und Ungehorsamsverboten: d.h.im letzteren Falle verbietet er "Handlungen ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge lediglich aus Sorge vor ihren unbestimmt vielen und mannigfaltig möglichen" (28).

Damit lassen sich also 2 Deliktsgruppen unterscheiden: a) die Delikte der Verletzungs- und Gefährdungsverbote, welche zwei Angriffsobjekte enthalten, nämlich das Recht auf Botmäßigkeit sowie ein Rechtsgut, b) die Delikte der Ungehorsamsverbote, die ein Verbot schlechthin enthalten und sich in der Unbotmäßigkeit erschöpfen (29).

Da nun die Unbotmäßigkeit jedem Delikt wesentlich ist, das Polizeidelikt aber darin aufgehen soll, hat man es vielfach zutreffend auch als Formaldelikt bezeichnet (3o).

Wollte man diese Konzeption auf das geltende Strafrecht übertragen und eine konsequente Scheidung durchführen, so würden wohl nur wenige Delikte übrigbleiben, die man als Ausdruck reinen Ungehorsams oder einfacher Unbotmäßigkeit zu den Polizeidelikten rechnen könnte (31). Denn selbst die Übertretungsverbote hat der Gesetzgeber doch nicht erlassen,

---

27) Normen I S.322
28) Normen I S.326
29) Normen I S.327
3o) vgl.HATSCHEK, Verwaltungsrecht S.155; über Modifizierungen der BINDING'schen Auffassung durch MERKEL vgl.GUDERIAN ZStW 21,868.
31) BINDING scheint das selbst schon erkannt zu haben, weil er für das geltende Recht eine Trennung strikt ablehnt, vgl.o.Anm.2o.

um seine Untertanen in Gehorsamsexerzitien zu nehmen, sondern um bestimmte schutzwürdige Interessen vor Verletzungen und Gefährdungen zu bewahren. Mag hier das Bollwerk des Verbotes auch so weit vorgeschoben sein, daß nicht in jedem Einzelfall eine Verletzung oder Gefährdung des motivierenden Rechtsguts eintritt (32), sondern die Massenerscheinung das Delikt gefährlich macht, so handelt es sich doch auch in den Einzelfällen zumindest um abstrakte Gefahr (33) und nicht mehr nur um reinen Ungehorsam.

Im übrigen sind gegen die Verfolgung reiner Unbotsmäßigkeit - v.HIPPEL (34) hat sie treffend als "Entgleisung des Gesetzgebers" bezeichnet - die gleichen Einwendungen zu machen wie gegen den reinen Ungehorsam der Verwstrtheorie, die als die heute herrschende Abgrenzungstheorie noch im einzelnen zu behandeln ist. Es darf deshalb insoweit auf die Verwstrtheorie verwiesen werden (35).

b) Im gegenwärtigen Zusammenhang jedoch ist auf den kritischen Punkt aufmerksam zu machen, an dem sich die Verwstrtheorie von der um die Jahrhundertwende herrschenden Formaltheorie BINDINGS losgelöst und nach neuen Wegen gesucht hat. BINDING hatte mit seiner Lehre von der reinen Unbotmäßigkeit der Polizeidelikte ein rechtsstaatliches Vakuum hinterlassen, welches GOLDSCHMIDT mit Einführung des Wohlfahrtsbegriffes als des höchsten Zweckes der Verwaltung und als des Objektes der Verwaltungsdelikte auszufüllen hoffte.

Wie an anderer Stelle zu zeigen ist, kommt man damit auch nicht viel weiter. Aber dennoch ist es das Kennzeichen einer Wende. Während die Verwstrtheorie einerseits noch bemüht ist, der bisherigen Methode getreu die Abgrenzung in unterschiedlichen Verbrechenskriterien, hier Verschiedenheit des Unrechtsgehalts, zu suchen, geht sie doch andererseits über diese

---

32) Ähnlich wie für FRANK ist auch für BINDING der Rechtsgüterschutz Motiv der Übertretungstatbestände, Normen I S.398.
33) Die Einwendungen BINDINGS gegen die Lehre der abstrakten Gefährdung wirken konstruiert und wenig überzeugend, vgl. v.HIPPEL II S.loo f.
34) Strafrecht II S.lol.
35) u.S.116 ff.

tatbestandsverhaftete Betrachtungsweise hinaus, um in einem Kriterium, dem Wohlfahrtszweck, der außerhalb des Deliktsbegriffes liegt, ja ihm sogar teleologisch übergeordnet ist, eine qualitative Abgrenzung zu finden.

Das mag genügen, um den problemgeschichtlichen Ausgangspunkt und Standprt der Verwstrtheorie zu bestimmen. Sie gehört noch zu den Abgrenzungstheorien, die den wesensmäßigen Unterschied von Straftaten und Owi in der Verschiedenheit des Unrechtsgehalts sehen; dieser Unrechtsgehalt wird jedoch bereits teleologisch überhöht.

III. Die Abgrenzung nach S c h u l d k r i t e r i e n .

1. Die Gesinnung des Täters.

Nach dieser Theorie sollen kriminelles Unrecht jene Delikte sein, welche Ausdruck eines abnormen psychischen Zustandes sind, einer schlechten oder verbrecherischen Gesinnung also; polizeiliches Unrecht jene Delikte, welche keinen Schluß auf die Gesinnung des Täters zulassen. Dieser Abgrenzungsvorschlag wurde von POUSTOROSLEW (36) gemacht und von REICHARD (37) dahingehend verschärft, daß zum kriminellen Unrecht sogar diejenigen Delikte gehören sollen, welche bloß den Verdacht erregen, daß der Verbrecher einen abnormen, gemeingefährlichen Charakter habe.

REICHARD muß sich entgegenhalten lassen, daß seine Kriminaldelikte damit teilweise auf Fiktionen beruhen, die sich mit dem heute allgemein anerkannten Schuldprinzip (38) kaum vereinbaren lassen.

Auch POUSTOROSLEW müßte erst einen Weg zeigen, wie man bei der Tatbestandsnormierung feststellen kann, ob das betreffende Delikt in verbrecherischer Gesinnung begangen werden kann oder nicht. Seine Theorie bleibt auf halbem Wege stehen. Außerdem ist es sehr zweifelhaft, ob sich dieses

---

36) IKV 8 S.78,88,89
37) IKV 8, S.96,1o8,298
38) vgl.für alle die grundlegende Entscheidung des BGH Bd 2,193 ff.

radikale Gesinnungsstrafrecht heute mit dem Grundgesetz vereinbaren ließe (39).

2. Eine weitere Lehre, die eine Abgrenzung ebenfalls in Schuldkriterien sucht, scheint von Frankreich nach Deutschland gedrungen zu sein (4o) und wurde neben preußischen Obergerichten auch vom RG vertreten (41). Danach sollen kriminelle Delikte jene sein, wo für eine Bestrafung entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit notwendig ist; für die Bestrafung der Polizeidelikte dagegen sei weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich, vielmehr konstituiere die Tat allein, ganz abgesehen von der Schuld, die Polizeiübertretung. So hat das RG sowohl bei einzelnen Zoll- und Steuerdelikten wie auch beim einfachen Bankrott für die Bestrafung vom Verschulden des Täters abgesehen (42).

Ganz zu schweigen von den erheblichen Bedenken, die sich aus den Prinzipien der heutigen Schuldlehre gegen eine strafrechtliche Sanktionierung schuldloser Tatbegehungen ergeben (43), bietet diese Theorie in Wirklichkeit gar keine Abgrenzung an, sondern macht lediglich Aussagen darüber, wie die irgendwie als Polizeidelikt erkannte Tatbestandsverwirklichung hinsichtlich der Schulderfordernisse zu behandeln ist. Die hier einzig interessierende Frage aber, unter welchen Voraussetzungen denn nur ein solches Polizeidelikt vorliegt, bleibt unbeantwortet.

IV. Die Abgrenzung nach der Verschiedenheit der R e c h t s f o l g e n.

Als Vertreter dieser Theorie werden immer wieder Lorenz v.STEIN, GNEIST und KLOEPPEL (44) genannt, jedoch ist die

39) eingehend u.kritisch SAX, Grundrechte III 2 S.934 ff zur Vereinbarkeit des Gesinnungsstrafrechts mit Art. 1 I GG.
4o) so BINDING, Normen I S.319, Anm.6 m.Hinweis auf F.HELIE, Theorie de code pénal (4.Aufl)VI S.268 ff u.Otto MAYER, Französ.Verwaltungsstrafrecht S.184 ff.
41) vgl.ROSENBERG ZStW 24,12.
42) RG 4,418; 5,41o; 7,24o; 21,26o; 35,311. KLOEPPEL, Reichspreßrecht (1894) S.253 schlug vor, diesen Grundsatz auf alle Polizeidelikte auszudehnen.
43) vgl.schon die entrüstete Reaktion von BINDING, Normen I S.319 Anm.6. ROSENBERG ZStW 24,13 weist mit Recht darauf hin, daß die Anerkennung dieses Grundsatzes logischerweise dazu führen würde, alle unzurechnungsfähigen Personen wegen Verübung von Polizeidelikten zu bestrafen.
44) vgl.FRANK IKV 12,188; ROSENBERG ZStW 24,9; KISCHA S.6. Anm.19.

Charakterisierung dieser Theorie als Abgrenzung von den Rechtsfolgen her nur berechtigt, wenn man sich bewußt ist, daß damit nur ihr Ausgangspunkt erfaßt sein soll, das eigentliche Abgrenzungskriterium dagegen in anderen Momenten zu suchen ist.

So betont Lorenz v.STEIN zwar ausdrücklich die "doppelte Idee der Strafe" (45), die einerseits Sühnecharakter habe, andererseits nur Zwangsmittel sei (46), mit der Folgerung, daß kriminelles Unrecht jenes wäre, bei welchem die Strafe eine Sühne der begangenen Tat darstellt, dagegen läge polizeiliches Unrecht nur da vor, wo die Strafe lediglich Zwangsmittel sei. Die entscheidende Frage jedoch, für welche Delikte Sühne und für welche nur ein Zwangsmittel notwendig ist, wird auch hier zunächst offengelassen.

Nun bleiben zwar die genannten Autoren die Antwort nicht schuldig; jedoch wird jetzt nicht mehr mit der behaupteten Verschiedenartigkeit von Kriminalstrafe und Polizeistrafe argumentiert, sondern man greift zurück auf die Voraussetzung der Rechtsfolge, auf den Unrechtssachverhalt und sucht hier nach den qualitativen Unterscheidungskriterien, welche die verschiedenartigen Rechtsfolgen rechtfertigen sollen. So wird nach KLOEPPEL die Kriminalstrafe dann verhängt, wenn die zu bestrafende Handlung "Unrecht an sich" ist, die Polizeistrafe dagegen hat ihren "Grund allein in dem über dem über die verbotene oder gebotene Handlung hinausliegenden Zweck" (47). Auch v.STEIN geht auf den Unrechtstatbestand zurück und läßt die Strafe Sühne sein, wenn die Tat "eine Verletzung des Rechts der allgemeinen oder einzelnen Persönlichkeit" enthält bzw.Zwangsmittel, wenn der Täter bei einem behördlichen Befehl unbotmäßig war (48).

---

45) Verwaltungslehre IV (1867) S.44.
46) Verwaltungslehre I (1865) S.2o9 f; im gleichen Sinne KLOEPPEL, Reichspreßrecht (1894) S.247 ff; MERKEL, Kriminalistische Abhandlungen (1867) I S.1o2; weitere Hinweise bei BINDING, Normen I S.323 Anm.9.
47) KLOEPPEL aaO. S.252
48) Verwaltungslehre I (2.Aufl.1869) S.323.

Damit mündet diese sog.Abgrenzungstheorie von den Rechtsfolgen her in die Problematik jener Theorien ein, die nach Unrechtskriterien (v.STEIN) bzw.nach (noch zu besprechenden) außertatbestandlichen Gesichtspunkten eine Abgrenzung suchen. In jedem Falle ist aber damit die zuvor behauptete Verschiedenheit der Rechtsfolgen als Abgrenzungskriterium aufgegeben.

Es bleibt die Frage, ob KLOEPPEL und v.STEIN ihre Ausgangsstellung hätten überhaupt konsequent durchhalten können, ob man also aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen tatsächlich eine klare Grenze für die zu unterscheidenden Unrechtssachverhalte hätte ziehen können. Es ist damit ein Problem angeschnitten, das auch bei der Bestimmung des Strafwürdigkeitsbegriffes wieder auftaucht und dort vor allem in der Auseinandersetzung mit anderen Deutungsversuchen (§ 16 II) im einzelnen zu würdigen ist.

Hier jedoch mag es genügen, die Frage nach der Möglichkeit einer Abgrenzung von den Rechtsfolgen her mit jenen Argumenten zu verneinen, die bereits von den Zeitgenossen bzw. nächsten Nachfahren v.STEINs und KLOEPPELs vorgebracht wurden. So hat schon FRANK (49) festgestellt, daß man bei einer Abgrenzung nach funktional gedeuteten Rechtsfolgen unweigerlich in den Streit der Strafrechtstheorien hineingezogen würde; denn bevor man davon ausgehen kann, daß die Strafe einmal Sühne, das andere Mal nur Zwangsmittel ist, muß dieses erst im einzelnen nachgewiesen werden; und das geht nicht, ohne sich mit dem Streit um die Strafzwecke auseinandergesetzt zu haben. Aber selbst dann, wenn man sich selbst zu einer Position durchgerungen hat und dementsprechend die Abgrenzung in Angriff nehmen möchte, bleibt eine solche Abgrenzung immer von dem leider schwankenden Schicksal der herrschenden Straftheorie abhängig. Und so ist es vielleicht lieblos drastisch, aber doch treffend ausgedrückt, wenn GOLDSCHMIDT (5o) meint, es hieße den Teufel mit dem Beelzebub austreiben, wenn man den

---

49) IKV 7, 188
5o) IKV 12, 221 Anm.2

Streit um das Polizeiunrecht durch den Streit um die Strafzwecke ersetzen wolle (51).

V. Abgrenzungsversuche nach allgemeinrechtlichen Kriterien.

1. Die Unterscheidung nach der Vorrechtlichkeit des Unrechts.

Hiernach verläuft die Grenze in der Weise, daß kriminelles Unrecht "Unrecht an sich" ist, während die Polizeidelikte an sich erlaubte, aber durch das positive Recht aus Nützlichkeitsgründen verbotene Handlungen sind.

Diese Theorie, die auch der Zweiteilung des niederländischen Strafgesetzbuches zugrunde liegt (52), wurde vor allem von den Vertretern anderer Abgrenzungstheorien zur Stützung ihrer Konzeption mitverwertet, so bereits von FEUERBACH (53) auch von HÄLSCHNER (54) und KLOEPPEL (55), neuerdings auch von Rich.LANGE (56).

Daß diese auf naturrechtlichen Gedankengängen beruhende Theorie bei Positivisten wie BINDING (57), FRANK (58) oder ROSENBERG (59) keinen Anklang finden konnte, war nicht anders zu erwarten. Doch selbst bei grundsätzlicher Anerkennung naturrechtlichen Unrechts, ist es praktisch kaum durchführbar, das Unrecht an sich immer zweifelsfrei zu bestimmen. Außerdem wäre es zu eng; denn gerade durch die moderne techni-

---

51) Damit hat man sich jedoch keineswegs die Möglichkeit verbaut, die in ihrer Realität als capitis deminutio erfaßte Strafe zum Kernbegriff eines Abgrenzungsprinzips zu machen; denn hierbei handelt es sich nicht mehr nur um einen Strafzweck den der Gesetzgeber schwächer oder stärker betonen könnte, sondern um ein mit dem Strafausspruch real verbundenes sozialethisches Unwerturteil. Näheres dazu s.u.S.139.
52) vgl.FRANK IKV 7,189
53) Lehrbuch § 27
54) System des preuß.Strafrechts (1887) I § 1 S.2 u.3
55) Reichspreßrecht S.252; vgl.ferner v. HAMEL IKV 6,494
56) JZ 56,75
57) Normen I S.317 Anm.4
58) IKV 7, 190
59) ZStW 24, 9

sche Entwicklung und Komplizierung des menschlichen Zusammenlebens werden Unrechtssachverhalte veranlaßt, die vielleicht kaum als Unrecht per se zu betrachten sind, die aber trotzdem soviel sozialethischen Unwertgehalt aufweisen, daß sie Strafe verdienen und ihrer auch bedürfen. WELZEL hat gegen LANGE zutreffend betont, daß die sog.Zweckmäßigkeitsvorschriften des sozialen Lebens den sog.ewigen Werten manchmal an sozialer Bedeutung und Werthaftigkeit nicht nachstehen (6o).

2. Die Unterscheidung nach M o r a l w i d r i g k e i t und s o z i a l e t h i s c h e r V e r w e r f l i c h k e i t .

Diese Theorien sind der zuvor genannten naturrechtlichen sehr nahe verwandt, betonen aber noch stärker das moralische und sozialethische Argument. Dadurch sind sie auch in das allgemeine Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ethik hineingestellt.

a) Die ä l t e r e Abgrenzungstheorie dieser Kategorie, die in Deutschland vor allem von dem Rechtsphilosophen F.J.STAHL vertreten wurde (61), stellte darauf ab, ob die Tat moralisch verwerflich ist oder nicht. Dazu wurde sogar der Dekalog als Maßstab herangezogen (62).

Diese Theorie läßt zu wesentliche Fragen offen, um praktisch überhaupt durchführbar zu sein; denn welche Moral sollte als Kriterium dienen ? Die allgemeine Moral oder die eines ideal denkenden Menschen ? Mag zu Zeiten STAHLs - er lebte von 18o2 - 1862 - auch die allgemeine Moral noch einheitlicher gewesen sein, heute ist sie das nicht mehr und vor allem kann auch der Moralkodex der lo Gebote heute nicht

---

6o) JZ 56,24o
61) Die Philosophie des Rechts II 2 S.693, französische Vertreter CHAUVEAU-HELIE und DALLOZ, vgl.GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht S.439 Anm.16.
62) so STAHL aaO: "Handlungen, welche nicht gegen die lo Gebote, sondern nur gegen Anordnungen des Staates sind, fallen nicht in die Kategorie der Verbrechen, sondern der Polizeiübertretungen".

mehr auf allgemeine Anerkennung vertrauen. Doch selbst wenn man sie trotzdem als Abgrenzungskriterien heranzöge, bliebe immer noch zweifelhaft, inwieweit die sich in viele Spezialpflichten verästernden lo Grundgebote als Maßstab des Kriminalunrechts zu übernehmen wären (63).

b) Der Gedanke einer Abgrenzung nach der sozialethischen Verwerflichkeit der Tat wurde erneut aufgegriffen von einigen Wi-strafrechtsdogmatikern der n a t i o n a l s o z i a l i s t i s c h e n Zeit.

Während STAHL den Sittenkodex des Dekalogs als moralische Parallele zu den kriminellen Verboten herangezogen hatte, tritt nunmehr im Zuge der Zeit "die völkische Sittenordnung" als Maßstab des kriminellen Unrechts in Erscheinung. So setzt RIETZSCH (64) kriminelle Strafe dort ein, "wo Gebote der völkischen Sittenordnung verletzt werden, wo also der Täter nicht nur gegen Gebote des Rechts, sondern zugleich auch gegen Gebote der Ethik verstößt ..... Das mit Ordnungsstrafe bedrohte Verhalten hingegen bewegt sich auf Gebieten, die zwar auch im Interesse eines geordneten Zusammenlebens geregelt werden, die aber keine Parallele in Geboten der Ethik haben" (65).

Diese Auffassung hat gegenüber der STAHL'schen zweifellos den Vorzug, daß sie der Rechtsordnung in der völkischen Sittenordnung eine verbindliche Parallelordnung zur Seite stellt und klar zum Ausdruck bringt, daß es sich hierbei nicht nur um Individual-, sondern um Sozialverbindlichkeit handelt (66).

Trotzdem haben MEESKE und RIETZSCH weder bei anderen zeitgenössischen Bearbeitern des Wi-Strafrechts Zustimmung ge-

---

63) gegen STAHL auch schon BEKKER vom Standpunkt des christlichen Staates aus, vgl.BINDING, Normen I S.318; kritisch auch M.E.MAYER, Rechtsnormen S.116 Anm.7.
64) JW 1938, 1o77 f.
65) ähnlich MEESKE, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft S.8o, auch DJ 1936,115 und PECHSTEIN, Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe S.125.
66) Zu dieser Unterscheidung vgl.u.S.162 ff.

funden (67), noch sind sie sich selber treu geblieben. So macht RIETZSCH. seine Ausgangsstellung rückwirkend wieder illusorisch, wenn er fast den ganzen Bereich des Wi-strafrechts als "Grenzgebiet" ansieht, in welchem der "leichtere Fall" der Ordnungsstrafe, der "ernstere" der Kriminalstrafe vorbehalten sei (68).

Auch MEESKE (aaO) spricht im weiteren Verlauf seiner Untersuchung nur noch von "schwereren" und "leichteren Verstößen" und bedient sich dadurch völlig inkonsequent der Terminologie derer, die nur eine quantitative Unterscheidung von Straftaten und Owi anerkennen. Eb.SCHMIDT (69) hat nicht ohne Berechtigung jenen Autoren vorgeworfen, daß sie die Abgrenzungsproblematik gar nicht ernst genommen hätten und bezüglich des angebotenen Abgrenzungsprinzips wohl selbst von dessen völliger Unbrauchbarkeit für die Praxis überzeugt gewesen wären.

c) Auch in j ü n g s t e r Z e i t wird das Sozialethische als Abgrenzungskriterium wieder stärker betont. Sieht man einmal ab von der nur schwer einstufbaren Konzeption WIMMERs (7o), so lassen sich hier deutlich zwei Richtungen unterscheiden.

Die eine kommt von der Verwstrtheorie her, hebt aber zur Vertiefung des Wesensunterschiedes von Straftaten und Owi noch das "sozialethische Argument" (71) hervor. Sie wird im Rahmen der Verwstrtheorie noch näher zu betrachten sein.

Die andere sozialethische Richtung dagegen hat sich unabhängig von der Verwstrtheorie oder sogar bewußt gegen sie

---

67) vgl.SIEGERT JW 1938,2517 sowie Dt.Wi-Strafrecht, 1939, S.3o, der entschieden die ethische Unwerthaftigkeit auch der Ordnungswidrigkeiten betont.
68) JW 38,1o77 f. Ebenso überrascht es, daß RIETZSCH trotz sozialethischer Indifferenz der Owi für die entsprechende Ordnungsstrafe die gleiche Sühnefunktion in Anspruch nimmt wie für die Kriminalstrafe (JW 38,1o77). Auch PECHSTEIN aaO S.132 hält seine Ausgangskonzeption nicht konsequent durch.
69) NdWiStr. S.23 f.
7o) s.unter d.
71) JESCHEK JZ 59,46o Anm.27.

zum sozialethischen Abgrenzungsargument bekannt. So betont GALLAS in der Strafrechtskommission (72) ausdrücklich, daß es "keine prinzipielle Verschiedenheit der (in den Straftaten bzw.Owi geschützten) Güter" gebe. Aber trotzdem bestehe eine Grenze, von der an die Tat so verwerflich erscheine, daß es krimineller Bestrafung bedürfe. Diese Grenze könne vom Rechtsgut her nicht gefunden werden: "damit (!) kommt man notwendig (!) zu der Unterscheidung nach dem sozialethischen Unwerturteil". Ähnlich spricht NIESE (73) von "sittlich indifferenten Ordnungswidrigkeiten". Für HUBER (74) ist der Unterschied zwischen beiden Bereichen des Unrechts "mehr sozialethischer als technisch-juristischer Natur". Daher liege es nahe, die Abgrenzung mit Hilfe von Generalklauseln, die auf den ethischen Unrechtsgehalt oder die Sozialschädlichkeit des Verstoßes abstellen, vorzunehmen. Hierher gehören ferner KLEINKNECHT (75), SOMMER (76) und wohl auch SCHÖNKE-SCHRÖDER (77).

Macht HUBER schon selber Vorbehalte gegen seine eigenen Formel,weil solche Generalklauseln fließende Grenzen schaffen und dem Richter zuviel Ermessensspielraum einräumen würden (78), so sind auch die Vorschläge von GALLAS und NIESE als mehr beiläufige Ausführungen nicht konstruktiv genug durchgeführt, um praktisch verwertbar zu sein. Vor allem, und das gilt für jede Theorie, die mit einem sozialethischen Abgrenzungsmoment arbeitet, wären der Inhalt und die Konstruktur dieses sozialethischen Urteils genauer zu fixieren.

Aber auch theoretisch ist von ihnen in keiner Weise einsichtig gemacht, warum das sozialethische Argument überhaupt für die Abgrenzung verwertet werden soll. So notwendig es ist, das juristische Denken auch den vor- und außerrechtli-

---

72) Sitzungsniederschrift I S.87
73) ZStW 7o,353
74) Wirtschaftsverwaltungsrecht II S.347
75) in KMR, StPO S.22
76) Die Abgrenzung von Wi-straftaten und Owi S.88. SOMMER geht dabei insofern einen eigenen Weg, als er den sozialethischen Unterschied im unterschiedlichen Handlungswert von Straftaten und Owi zu finden glaubt. Damit kommt er aber auch nicht weiter, vgl.u.S.98 f.m.Anm.1
77) Vorb. III vor § 13
78) aaO. S.347

chen Wirklichkeiten - seien sie materieller oder ideeller Natur - offen zu halten, so sind doch ebensosehr Argumentationsweisen abzulehnen, die bei Schweigen der Rechtsdogmatik ohne erkennbaren Grund auf außerrechtliche Gegebenheiten ausweichen (79). Deshalb müßte bei einer sozialethischen Abgrenzung vor allem der Inhalt und die Struktur des sozialethischen Urteils genauer fixiert und die sachlogische Notwendigkeit seiner Einbeziehung in die Argumentation dargetan werden. Sonst erscheint das sozialethische Argument nur als willkürlich herangezogener Lückenbüßer, der als Fremdkörper widerwillig aufgenommen schwerlich Anerkennung finden wird. Da es bei den genannten Vorschlägen daran weitgehend fehlt, sind sie als Abgrenzungsgrundlage unbrauchbar (8o).

d) Eine besonders eigenwillige Abgrenzungskonzeption, ebenfalls von einer sozialethischen Grundposition aus, vertritt August WIMMER (81). Ausgehend von dem Grundsatz, daß nur die strafwürdige Tat mit Strafe bedroht werden dürfe (82) erkennt er als strafwürdig nur jenes Tun, oder Unterlassen an, das "vom Sozialethos s t r i k t verboten bzw.geboten" ist. Wer dem zuwiderhandelt, handelt "böse"und seine Tat ist deshalb strafwürdig (83). Alles was sozialethisch nicht

---

79) Auch v.CALKER, Ethische Werte im Strafrecht S.13 und Del VECCHIO, Gerechtigkeit S.27 warnen eindringlich vor einer gegenseitigen Durchdringung der rechtlichen und ethischen Argumentation.

8o) Zu Unrecht rügt jedoch JESCHEK (JZ 59,46o), daß der BGH (11,264) zwar den sozialethischen Unwertgehalt des kriminellen Unrechts betone, der Täter sich dieses ethischen Unwertgehalts seiner Tat jedoch nicht bewußt geworden zu sein brauche. JESCHEK verkennt, daß das sozialethische Unwerturteil in erster Linie legislatorische Bedeutung als Maßstab für den Gesetzgeber hat. Dieses wird dann durch die strafrechtliche Normierung überformt und wird dadurch für das Unrechtsbewußtsein des Täters normalerweise nebensächlich; es tritt nur dann wieder hervor, wenn dem Täter das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit fehlt.

81) WIMMER hat seinen Standpunkt schon in mehreren Aufsätzen dargelegt, insbesondere in NJW 1957,1169 ff; auf die Bedürfnisse des Verkehrsstrafrechts zugeschnitten sind vor allem seine Ausführungen in DAR 57,169 ff; DAR 58,145 ff und sein zusammenfassendes Gutachten für das Wirtschafts- und Verkehrsministerium von Nordrhein-Westfalen, veröffentlicht unter dem Titel "Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Straßenverkehr als Straftat u.Ordnungswidrigkeit im kommenden Strafrecht" (1958).

82) ein Kriterium, das auch Angelpunkt der eigenen Abgrenzungskonzeption sein wird (u.II.Teil).

83) vgl.im einzelnen NJW 57,1170; Fahrlässige Verletzung S.12, auch zum folgenden Text.

strikt verboten ist, also das ethisch Indifferente und das sozialethisch nur Unerwünschte oder sogar Abträgliche, ist als nicht böse auch nicht strafwürdig. Wo in solchen Fällen positivrechtlich eine Sanktion bestehe, dürfe nur "nicht-strafende Ahndung" erfolgen.

Dieser an sich begrifflich klare Gegensatz von böse und nicht-böse, nach dem sich auch Straftat und Owi voneinander unterscheiden sollen, verliert aber nun schon allein dadurch an Schärfe und Verbindlichkeit, daß es neben den vorbezeichneten Grundformen, nämlich der bösen = sozialethisch strikt verbotenen Straftat und der nichtbösen = nicht strikt verbotenen Owi, auch jeweils sog.Neben-, Spiel- und Mischformen geben soll.

Problematisch sind hier vor allem die sog.Nebenformen. Da ein nur an strikte Gebote oder Verbote geknüpfter Straftatbereich ein zu enger wäre, sieht sich WIMMER gezwungen, dem Staat das Recht zu geben, auch solche Handlungsweisen als sozialethisch böse zu deklarieren, die an sich vorrechtlich nicht strikt verboten oder geboten sind, die aber eine "Affinität zum Bösen" haben. Sie ergeben ihm die Nebenform der Straftat. Auf der anderen Seite könne der Staat Gründe haben, wo er auch bei striktem sozialethischen Verbot von strafender Ahndung abzusehen berechtigt sein müsse. Dies sei zulässig bei sozialethisch strikt verbotenen Taten, die eine "Affinität zum Nichtbösen" haben (84). Als Gründe, welche den Staat veranlassen und berechtigen dürften, eine an sich böse Tat als nichtböse und eine an sich nichtböse als böse zu erklären und den Ungehorsam dementsprechend durch strafende oder nicht-strafende Ahndung zu verfolgen, nennt WIMMER recht allgemein und unbestimmt "ahndungspolitische" Zweckerwägungen und Gesichtspunkte (85).

Ganz abgesehen davon, daß der Staat zum Herrn der Sozialethik erhoben wird, wenn er durch seinen Befehlsspruch sozialethisch an sich nichtböses als böse und deshalb straf-

---

84) vgl.NJW 57,1170 f, Fahrlässige Verletzung S.13,15,16 (mit Schema).
85) vgl.Fahrlässige Verletzung S.18 f.

würdig erklären darf, wird die zunächst durchaus eindrucksvoll erscheinende Gegenüberstellung von böse und nichtböse letztlich dadurch wieder zerstört, daß im Wege einer auf ahndungspolitischen Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Fiktion auch heterogene Tatbestände in den Bereich des Strafwürdigen gezogen werden können. Auch ist von WIMMER in keiner Weise deutlich gemacht, auf welche Weise der Gesetzgeber im konkreten Normierungsfall zur Erkenntnis der strikten oder nichtstrikten sozialethischen Verbote kommen soll - oder erscheint dies deshalb nicht so wichtig, weil der Gesetzgeber ohnehin ein sozialethisch nicht strikt verbotenes Verhalten zum sozialethisch bösen umwerten darf ? Wie läßt sich weiter feststellen, ob ein sozial abträgliches Verhalten sozialethisch lediglich unerwünscht und deshalb noch nicht strikt verboten oder aber bereits strikt verboten ist ? Nach welchen Kriterien soll es sich bestimmen, ob die Affinität eines an sich nicht strikt verbotenen Tuns zum Bösen groß genug ist, um es kraft gesetzlichen Machtspruches als sozialethisch strikt verboten zu erklären ? Wird, ganz abgesehen von der ohnedies recht einseitig ethischen und schon deshalb bedenklichen Betrachtungsweise WIMMERs, die gesetzgeberische Praxis mit so vielen feinen ethischen Unterscheidungen nicht erheblich überfordert ? Nicht zuletzt bleibt WIMMERs Abgrenzung auch deshalb vage und unverbindlich, weil er den Gesetzgeber über den Kreis der ahndungspolitischen Gesichtspunkte, die letztlich über die Art der Ahndung entscheiden können, im Ungewissen läßt. Bei so vielen offenen Fragen dürfte WIMMERs Konzeption schon den praktischen Bedürfnissen der Abgrenzungsproblematik kaum genügen können.

3. Die Abgrenzung nach der K u l t u r n o r m e n - t h e o r i e M.E. MAYERs.

In Abwandlung und Gegensatz zu den vorher dargelegten Abgrenzungen, die das Charakteristikum des kriminellen Unrechts entweder im Verstoß gegen eine parallele Naturrechtsordnung, Moralordnung, völkischer Sittenordnung oder sozialethischer Ordnung sahen, stellt es M.E.M A Y E R darauf ab, ob hinter den Gesetzesbefehl eine gleichlautende Kulturnorm steht.

Ausgangspunkt ist seine Grundthese, daß die Kultur gebietend und verbietend an den einzelnen herantritt und dadurch

einen Normenkomplex, ja in gewissem Sinne "den" Normenkomplex schafft (86). Hinzu kommt der Gedanke, daß jeder Staat neben den Interessen, die er schützt, weil er ein Gemeinwesen "hat", andere hat, die er schützt, weil er ein Gemeinwesen "verwaltet". Da er diese Verwaltungsinteressen, die das Angriffsobjekt der Verwaltungsdelikte sind, zu schützen hat, muß er Normen schaffen. Diese Normen aber haben kein Vorbild in einer Kulturnorm, die der Gesetzgeber lediglich strafrechtlich zu sanktionieren hätte, sondern sind "eine Erfindung der rechtsetzenden Gewalt". "In diesem Sinne kennzeichnen sich die Normen des Verwaltungsstrafrechts als kulturell indifferent" (87). Und MAYER kommt zu dem Schluß: "während das kriminelle Delikt stets ebenso wohl mit einer Kulturnorm als einer Rechtsnorm in Widerspruch steht, erschöpft sich das Verwaltungsdelikt darin, einer Rechtsnorm zu widersprechen" (88).

Dieser Abgrenzungsversuch, der seiner Terminologie und auch der Absicht nach an die Verwstrtheorie anknüpft (89), aber selbst von GOLDSCHMIDT abgelehnt wurde (9o), scheitert praktisch an seinem Grundbegriff, den Kulturnormen. Wenn MAYER die Kultur definiert als "ein in der Vervollkommnung begriffener Zustand", "als die Verfeinerung der angeborenen Bedürfnisse" (91) oder als "die Gebote und Verbote, durch die eine Gesellschaft das ihrem Interesse entsprechende Verhalten fordert" und wenn unter diese Definition nicht nur Normen der Religion und Gesellschaft fallen sollen, sondern auch Gemeinschaftsgebote innerhalb einer Räuberbande (92), dann wird der Kulturbegriff völlig leer und inhaltslos und es ist nicht einzusehen, warum nicht auch Normen des Gesetzgebers, die er zum Schutz von Verwaltungsinteressen erfindet, unter die Kulturnormen gerechnet werden sollten (93). Damit aber wird auch M.E.MAYERs Unterschiedsversuch hinfällig.

---

86) M.E.MAYER, Lehrbuch S.44.
87) Lehrbuch S.54 f.
88) Rechtsnormen S.116 und Lehrbuch S.56
89) vgl.Rechtsnormen S.116 Anm.7.
9o) vgl.IKV 12,228; dagegen baut E.WOLF die Kulturnormentheorie in sein System ein, vgl.Frank-Festgabe II S.524.
91) Lehrbuch S.39
92) Lehrbuch S.44
93) vgl.auch die ausführliche Kritik von SAUER, Grundlagen des Strafrechts S.269 f.

§ 4. Die Leugner einer qualitativen Abgrenzungsmöglichkeit. Quantitative Unterscheidungsvorschläge.

I. Allgemeine Vorbemerkung.

Ebenso weit wie die Versuche, zwischen Straftaten und Owi einen qualitativen Unterschied zu finden, reichen auch die Bemühungen zurück, die aufgestellten wesensmäßigen Unterscheidungen zu widerlegen und in ihrer Unhaltbarkeit aufzuzeigen. Dieser Eifer beider Seiten ging bisweilen soweit, daß man sogar die theoretische Unentschiedenheit der Zeit vor FEUERBACH, wo das Abgrenzungsproblem in seinem wesensmäßigen oder größenmäßigen Unterscheidungsgehalt noch gar nicht erkannt war, jeweils zu seinen eigenen Gunsten auszudeuten und damit die eigene Theorie historisch zu untermauern suchte. So sah GOLDSCHMIDT die historischen Wurzeln seiner Verwstrtheorie bereits im frühen Mittelalter gelegt, während H.MAYER als scharfer Gegner aller qualitativen Unterscheidungsversuche wohl zu Unrecht jede historische Unterscheidung zwischen Kriminalunrecht und Polizeiunrecht leugnet (1).

Aber auch als dann mit FEUERBACH die spezifisch qualitativ-quantitative Abgrenzungsproblematik hervortrat und zum heißumstrittenen Gegenstand der gegensätzlichen Meinungen wurde, litt die Diskussion doch immer wieder darunter, daß sich die Gegner der qualitativen Theorien mit einer Widerlegung der für die qualitative Abgrenzung vorgebrachten Argumente begnügten, ohne selber eine brauchbare Lösung für die kriminalpolitisch unabdingbare Forderung nach Aufteilung des Gesamtstrafrechts zu bieten. Trotz dieser rein negativen Haltung konnte Julius HATSCHEK in seiner Darstellung der Abgrenzungstheorien (2) auch die Gegner der qualitativen Abgrenzung nicht mit Unrecht als Vertreter einer Abgrenzungstheorie bezeichnen, wenn diese dann auch nur eine negative oder rein quantitative ist. Denn ebenso wie die positiven Theorien die unterscheidenden Momente zwischen Strafrecht und

---

1) vgl.o.S.16
2) Verwaltungsrecht 3/4.Aufl.S.154

Owi auf jener Verbrechensebene gesucht haben, die für sie das Wesen des Verbrechens ausmachte, m.a.W. also nur jenen Merkmalen abgrenzende Qualität beilegten, welche sich im Hinblick auf das wesensbestimmende Verbrechenselement als unterschiedlich herausstellten (3), so gingen auch die Vertreter eines wesensmäßigen Unterschiedes bewußt oder unbewußt von einer Grundthese aus, der sie wesentliche Bedeutung für den Verbrechensbegriff zumaßen: ergab sich im Hinblick auf dieses Kriterium kein Unterschied zwischen den angeblichen Straftaten und Owi, dann mußte folgerichtig auch jeder qualitative Unterschied verneint werden (4).

Es wäre nun denkbar, die einzelnen negativen Abgrenzungstheorien dahingehend zu erforschen, welche Verbrechensauffassungen ihren Thesen zugrunde liegen und wie sie im Hinblick darauf zur Verneinung eines Unterschiedes kommen. Dies im einzelnen darzulegen, wäre jedoch mehr Aufgabe einer dog-

---

3) so kann die Verschiedenheit des Angriffsobjekts bei Straftaten und Owi nur für jenen einen qualitativen Unterschied begründen, der das Angriffsobjekt für ein wesensbestimmendes Element des Verbrechensbegriffes ansieht; umgekehrt werden noch so offensichtliche sozialethische Unterschiede des kriminellen und polizeilichen Unrechts für jenen völlig unerheblich sein, der sozialethischen Erwägungen im Rahmen des Rechts jegliche Berechtigung abspricht.

4) Dies ist eine durchaus sachgerechte Methode. Denn ebenso wie sich die Identität zweier Gegenstände aus der Übereinstimmung in Bezug auf ein Drittes ergibt, so ergibt sich auch ihr Unterschied aus der Nichtübereinstimmung in Bezug auf dieses Dritte (vgl.BRUGGER, Philosophisches Wörterbuch S.143,34o f.) Entscheidend ist deshalb, welches Dritte man als das Kriterium der zu vergleichenden Gegenstände nimmt. Die bisherige Abgrenzungsdiskussion hat hier den Grundfehler gemacht, daß sie dieses Dritte aus den zu beurteilenden Unrechtssachverhalten selbst genommen hat, ohne sich zu fragen, warum dieses Kriterium, etwa das Angriffsobjekt oder die Moralwidrigkeit, für eine Unterscheidung überhaupt verbindlich sein soll. Ein solches verbindliches, über die Abgrenzung entscheidende Dritte gibt es deshalb zu suchen. Es ist nur in einem über dem Vergleichspaar "Kriminalunrecht-Owi-unrecht" stehenden Prinzip, dem der Strafwürdigkeit, zu finden vgl.u. § 15. S.125 ff.

rengeschichtlichen Untersuchung. Hier kann man sich mit den Ergebnissen ihrer Widerlegung und den Vorschlägen begnügen, die sie für eine quantitative Lösung der kriminalpolitisch geforderten Zweiteilung des Gesamtstrafrechts machen.

II. Die Theorie des q u a n t i t a t i v e n Unterschiedes von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

1. Ihre H a u p t t h e s e lautet: einen begrifflichen Gegensatz, einen wesensmäßigen Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit gibt es nicht, "auch die sog.Polizeiübertretungen enthalten ein wirklich strafbares Unrecht".

Dieser den Motiven zugrundeliegende Gedanke (5), der dann auch im StGB verwirklicht wurde, war schon vorher vertreten worden von STÜBEL, HEFFTER, BEKKER, WALTHER, GEIB, WAHLBERG, SCHAPER und G.MEYER (6). Nach Erlaß des StGB waren es vor allem v.BAR, BELING, WACHENFELD, GERLAND, ROSENBERG, R.SCHMIDT, KÖHLER, SAUER, STIENEN, FISCHER, TROPS, v.HIPPEL und SIEGERT (7), welche einen wesensmäßigen Unterschied zwischen Kriminal- und Polizeiunrecht verneinen. Seit 1945 und nach Einführung der Ordnungswidrigkeit durch das WiStG 1949 äußerten u.a.H.MAYER (8), SCHWARZ (9), STOCK (1o), GERNER (11), SCHÄFER (12), WELZEL (13), BOCKELMANN (14), KISCHA (15), SCHMIDHÄUSER (16) und JESCHEK (17) starke Zweifel

---

5) vgl.Niederschrift der Reichstagsverhandlungen von 187o Bd.III Nr.5 Anhang S.86 ff.
6) Zitate nach BINDING, Normen I S.316 Anm.3
7) s.die Literaturangaben bei v.HIPPEL, Strafrecht II, S.118 Anm.5, v.BAR, Handbuch I S.347 ff; ROSENBERG ZStW 24,1 ff; SAUER, Grundlagen des Strafrechts S.314; SIEGERT, Dt.Wistrafrecht S.3o, neuerdings BB 1953, 393.
8) Strafrecht S.71
9) StGB Vorb.1 vor § 36o; StPO Vorb. 2 B vor § 1 OWG
1o) Strafprozeßrecht S.7
11) NJW 1952, 521 f
12) Sitzungsniederschrift I S.71 ff
13) JZ 56, 24o; Strafrecht S.15
14) ZStW 66, 122
15) Gesetz über Owi S.77 ff
16) Gesinnungsmerkmale S.166 Anm.33
17) JZ 59, 46o f.

an der Berechtigung einer qualitativen Abgrenzung bzw.lehnten sie als unsachgemäß ab.

2. Trotz dieser Ablehnung eines wesensmäßigen Unterschieds kam man aber an der Tatsache nicht vorbei, daß sich das straferhebliche Unrecht in kleinsten, aber auch größten Dimensionen verwirklichen kann, daß also bei Verneinung einer qualitativen Grenze das leichtsinnige Unterlassen der polizeilichen Anmeldung wesensmäßig das gleiche Unrecht wäre wie der gemeinste und grausamste Mord. Daß hier eine gewisse Scheidung notwendig ist, wurde auch von den Gegnern der quantitativen Abgrenzung anerkannt (18). Die Lösung glaubte man in einem Mittelweg, in der quantitativen Abgrenzung finden zu können.

Aber auch hier kommt man nicht ohne jeden Unterscheidungsmaßstab aus; denn auch bei nur grad- oder schweremäßiger Unterscheidung des gesamten ahndungsbedürftigen Unrechts muß man doch wenigstens näherungsweise den Punkt bestimmen können, bis zu welchem noch ein "leichter" und von dem ab schon ein "schwerer" Fall vorliegt.

III. Formeln für eine quantitative Unterscheidung.

1. Die M a ß s t ä b e, die hierfür angeboten wurden, sind allerdings alles andere als zufriedenstellend; denn über äußerst vage Formulierungen und nichtssagende Kriterien kommt man kaum hinaus. Interessant ist, daß meist gerade jene Kriterien, die für eine qualitative Abgrenzung taugen sollten, nunmehr für eine quantitative Unterscheidung herangezogen werden, freilich mit dem Unterschied, daß in Hinblick auf diese Kriterien eben nur quantitative Folgerungen gezogen werden.

1.) So unterscheiden BEKKER, HEFFTER (19) und v.BAR (2o)

---

18) vgl.etwa v.BAR, Handbuch I S.347 ff; BELING, Lehre von Verbrechen S.35 Anm.1; SAUER, Grundlagen S.314; JESCHEK JZ 59,461.

19) Nach BINDING, Normen I S.316 Anm.3

2o) v.BAR, Grundlagen des Strafrechts S.31: nach ihm können die Polizeidelikte "nur mittelbar als Verletzungen der Sittlichkeit" angesehen werden; zeitweilig ähnlich FRANK IKV 12,215.

die Kriminal- und Polizeidelikte nach der größeren oder geringeren M o r a l w i d r i g k e i t. Aber wann ist sie größer oder geringer ? Ähnlich, wenn auch modern abgewandelt auf das Sozialethische sollen nach SCHMIDHÄUSER die Owi "sozialethisch weniger verwerflich" sein (21). In diesen Bereich moralischer Argumente gehört wohl auch H.MAYERs (22) Unterscheidungsandeutung, daß der Täter bei einer Owi nicht entsühnungsbedürftig sei. Auf die Kulturnormentheorie M.E. MAYERs hindeutend spricht BELING (23) bei Polizeidelikten von "kleiner Kultur".

2. Mehr auf den quantitativen Unterschied im U n r e c h t s g e h a l t abstellend ist für viele die Straftat das schwerwiegendere Unrecht, die Owi das leichtere (24). Hierbei handelt es sich, wie BELING selbst zugibt (25), im Grunde nur um eine "gefühlsmäßige Abwägung der Schwere der Taten". Daß dieses Eingeständnis recht unerfreulich, ja bedenklich ist, scheint man selber gespürt zu haben; denn immer wieder wurde nach konkreten Kriterien gesucht. So sieht FRANK (26), der ja zunächst eine qualitative Abgrenzung vertreten hatte (27), das Wesen des Polizeidelikts in der Verletzung des "staatlichen Interesses an der Förderung der Wohlfahrt und an der guten Ordnung des Gemeinwesens". Ebenso wie FRANK kommt auch SAUER (28) stark in die Nähe der Verwstrtheorie, wenn er im Hinblick auf das Verwaltungsunrecht von "verwaltungsrechtlich begründeter Schwere" spricht. Nach SCHÄFER soll das "Ordnungsunrecht, gemessen an dem Wert des verletzten Rechtsguts, die leichteren Gesetzesverstöße" umfassen (29).

---

21) Gesinnungsmerkmale S.166 Anm.33
22) Strafrecht S.73
23) Lehre vom Verbrechen S.35
24) s.u.a.GERLAND, Strafrecht S.1o7; KISCHA S.77
25) Lehre vom Verbrechen S.35
26) StGB 18.Aufl.S. 788 f.
27) vgl. o. S.24
28) Grundlagen des Strafrechts S.317
29) Sitzungsniederschrift I S.71

3. Von der Verschiedenheit der S c h u l d f o r m e n her versucht ROSENBERG (3o) eine quantitative Unterscheidung. Er stellt 4 Gruppen schuldhafter Handlungen auf: fahrlässige, grobfahrlässige, vorsätzliche und böswillige Handlungen.

Daraus mögen sich wertvolle Maßstäbe für die Strafzumessung ergeben, gegen ihre Verwertung bei der Tatbestandsbildung und Unrechtseinstufung bestehen die gleichen praktischen und rechtsstaatlichen Bedenken wie gegen die ähnliche qualitative Abgrenzungstheorie WIMMERs (31).

4. Ein Unterscheidungsmoment, das vor allem für die eigene Abgrenzungskonzeption noch bedeutsam wird, führt v.HIPPEL (32) und neuerdings auch JESCHEK (33) an: den Grad der S t r a f w ü r d i g k e i t .

Was man allerdings unter "strafwürdig" verstehen soll, wird bei keinem recht deutlich. JESCHEK stellt wohl auf die "geringere Bedeutung des Rechtsguts" und die lediglich abstrakte Gefährlichkeit" der Handlung ab, ob diese als nicht strafwürdig nur Owi sein soll. Wonach aber bestimmt sich die geringere Bedeutung des Rechtsguts ? Bei v.HIPPEL wird das Strafwürdige völlig verflüchtigt; denn weniger strafwürdig sind ihm die "geringfügigen Delikte". Was nun aber ein geringfügiges Delikt und was weniger strafwürdig sein soll, das bestimmt sich bei ihm nach kriminalpolitischen Erwägungen; denn es sei keine begriffliche, sondern eine kriminalpolitische Frage, wo man die Grenzen setze (34). Damit bleibt von der Strafwürdigkeit nicht mehr übrig als eine schöne Floskel, eine leere Phrase, mit welcher der Gesetzgeber je nach seinen Bedürfnissen beliebig jonglieren kann. Eine praktisch brauchbare und sichere Unterscheidungsformel ist auch damit kaum gewonnen.

3o) ZStW 24, 23 ff, 34.
31) vgl. o. S.37 f.
32) Strafrecht I S. 37, II S.1o5 f.
33) JZ 59, 461
34) vgl. Strafrecht II S.1o5, 118.

2. K a p i t e l

Die Verwaltungsstrafrechtstheorie im einzelnen.

§ 5. Die Begründung durch James GOLDSCHMIDT.

I. Geistige und soziale V o r a u s s e t z u n g e n .

a) Die Geburtsstunde der Verwaltungsstrafrechtstheorie ist etwa um die Jahrhundertwende anzusetzen. Im Jahre 1902 erschien J.GOLDSCHMIDTs historisch und dogmatisch grundlegendes Hauptwert "Das Verwaltungsstrafrecht", das er durch zahlreiche weitere Veröffentlichungen ergänzte und berichtigte (1). Die Verwstrtheorie ist damit eine der jüngsten qualitativen Abgrenzungstheorien (2) und doch hat sie eine Verbreitung gefunden und einen Einfluß ausgeübt wie keine zuvor. Bereits 1911 wurde ihre Konzeption im Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Dt.StGB gesetzgeberisch verwertet und auch in den späteren Reformarbeiten erörtert und berücksichtigt (3). Wenn die Zweiteilung des Strafrechts in Straftaten und Owi dann doch erst durch das WiStG von 1949 kam, so liegt das an der Unterbrechung der Entwicklung durch den Nationalsozialismus (4). Umso mehr war es denn gerade das Verdienst der von Eb.SCHMIDT neu belebten Verwstrtheorie, daß die schon lang geforderte Zweiteilung endlich überhaupt positivrechtliche Wirklichkeit geworden ist (5).

---

1) es sind dies im einzelnen: "Begriff und Aufgabe eines Verwstrafrechts", DJZ 1902,212 ff und GA 49 (1902) S.71 ff "Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Rechts- und Staatslehre", Festg.f.Koch, 1903, S.415ff; "Materielles Justizrecht", Festgabe f.Hübler, 1905; "Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts", IKV 12,217 ff; "Die Typenlehre", GA (1907), S.1 ff; "Verwaltungsrecht in Österreich", ZStW 31 (1911) S.495 ff; "Was ist Verwaltungsstrafrecht ?", DStrZ 1 (1914) S.222 ff.

2) Später entstanden nur noch M.E.MAYERs Theorie, der allerdings ausdrücklich an GOLDSCHMIDT anknüpft (vgl.Rechtsnormen S.116 Anm.7) sowie die Abgrenzungen nach der völkischen Sittenordnung und der sozialethischen Verwerflichkeit (s.o.S.34 ff.)

3) vgl.Eb.SCHMIDT, Sitzungsniederschrift I S.333, KISCHA S.9 f

4) vgl. o. S.18

5) anerkennend auch Gegner der Verwstrtheorie wie GERNER NJW 52,521 f und JESCHEK JZ 59,461.

Man kann den Einfluß und die Überzeugungskraft dieser Theorie nur teilweise damit erklären, daß sie auf Grund ihrer Konzeption erstmals eine radikale Trennung von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht gefordert hat, sich also nicht damit begnügte, mehr oder weniger gewichtig scheinende Unterschiede des Unrechtsgehalts oder des Angriffsobjekts aufzuzeigen, um dementsprechend eine Sonderbehandlung zu fordern; vielmehr sollte, wie die neue Terminologie schon zeigt, das "Verwaltungs"- strafrecht völlig aus dem Strafrecht herausgelöst und dem Verwaltungsrecht unterstellt werden (6).

Solche Entschiedenheit hatte für viele sicherlich den Anschein der Richtigkeit für sich, zumal das Verwaltungsdelikt nunmehr wirklich als ein eigenständiges Delikt erschien und eine Umdeutung des Unterschieds ins Quantitative, wie es etwa FRANK mit seiner Gefährdungstheorie getan hat, hier so gut wie ausgeschlossen war.

b) Doch bedeutungsvoller waren die geistigen und sozialen Veränderungen, die inzwischen vorgegangen oder noch in Bewegung waren. Dem Staatsgedanken des Liberalismus nach konnte die staatliche Verwaltung nicht zurückhaltend genug sein; der Staat hatte sich auf den Schutz der privaten Rechts- und Willenssphären zu beschränken. Im neuen sozialstaatlichen Denken dagegen wurde die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt wieder zum Postulat erhoben. Das bedingte eine neue Zielsetzung der Verwaltung, sie mußte aus der bisherigen Reserve heraus und von sich aus helfend und fördernd eingreifen. Und da alles staatliche Bemühen letztlich ohne Wirkung bleibt, wenn es seitens der Bürgerschaft nicht die nötige Unterstützung findet, so mußte die Verwaltung ihre Wohlfahrtsmaßnahmen auch zwangsweise durchsetzen können. So konnte schon Lorenz v.STEIN auf den der Name des Verwaltungsstrafrechts wahrscheinlich zurückgeht (7), im Hinblick auf die neue Zielsetzung der Verwal-

---

6) vgl.vor allem Festgabe f.KOCH S.418, Anm.4
7) vgl.Handbuch der Verwaltungslehre I (1887) S.222 ff, Verwaltungslehre II S.48, während das "Verwaltungsdelikt" wohl erstmals bei Otto MAYER erscheint (vgl.Verwaltungsrecht I S.319, Anm.9), der aber im übrigen die Verwstrtheor ausdrücklich ablehnt, vgl.Verw.Arch.1903, 348 ff.

tung feststellen, daß hier ein ganz selbständiges Gebiet vorliege, das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts, das erst noch seiner Grundlage und seines Verständnisses bedürfe (8).

Nicht zuletzt haben die vom Rechtsstaatsgedanken getragene schärfere Durchführung der Gewaltenteilung und der damit verbundene Wandel des Polizei- und Verwaltungsbegriffes (9) dazu beigetragen, den alten Gegensatz von Kriminalunrecht und Polizeiunrecht auf die Gegenüberstellung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht zu verlagern. Da die Polizei nunmehr in der Verwaltung als einem ihrer Teile aufging und die Verwaltung alles umfassen sollte, was nicht Rechtsprechung oder Gesetzgebung war (10), die Rechtsprechung aber nur die "Aufrechterhaltung der Rechtsordnung" zu besorgen hatte (11), so blieb für die Verwaltung und das Verwaltungsrecht ein sehr weiter Tätigkeitsbereich übrig, der vor allem die staatliche Wohlfahrtspflege mitumfaßte. So bot es sich geradezu an, das mit der zwangsweisen Förderung befaßte Recht der Verwaltung dem auf Sicherung der Rechtsphasen ausgerichteten Recht der Justiz gegenüberzustellen (12).

Freilich mußte noch hinzukommen, daß diese neuen Ideen in der sozialen Situation der Zeit einen guten Nährboden fanden. Das rapide Anwachsen der Bevölkerung im 19.Jhrdt, die damit aufgeworfenen Wohnungs-, Ernährungs- und Arbeitsprobleme konnten nicht mehr allein dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleiben, hier mußte der Staat leitend und zwingend eingreifen. Dadurch schwoll schon rein umfangmäßig die Verwaltungstätigkeit und das Bedürfnis nach eigenen Zwangs-

---

8) Handbuch I S.225
9) vgl.im einzelnen Otto MAYER, Verwaltungsrecht I S.1 ff; S.246 ff.
10) O.MAYER aaO. S.9
11) ders. S.7
12) Vom heutigen Standpunkt aus ist die Verlagerung auf den Gegensatz von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht zu bedauern; denn ganz abgesehen von der Richtigkeit dieses Gegensatzes wurde es dadurch schon von der Terminologie her fast unmöglich gemacht, nicht strafwürdige Delikte, die sich nicht gegen die eigentlichen Verwaltungsziele richten und deshalb keine Verwaltungsdelikte sind, in das Owi-Recht zu überführen.

mitteln stark an, so daß die Verarbeitung und Zusammenfassung dieser neuen Erscheinungen in einer besonderen Verwaltungsstrafrechtslehre nur willkommen sein konnte. So durfte sich die Verwstrtheorie als Kind ihrer Zeit mit Recht eine bereitwillige und aufmerksame Aufnahme erhoffen.

II. Der normative Ausgangspunkt GOLDSCHMIDTs: der Gegensatz von Justiz und Verwaltung.

1. Allgemeine Charakteristik.

Bereits bei der Übersicht über die bisherigen qualitativen Abgrenzungsversuche mußte festgestellt werden, daß mit GOLDSCHMIDT das Abgrenzungsproblem in eine neue Richtung gelenkt wurde. Zwar läuft auch die Verwstrtheorie im Ergebnis auf einen Unterschied im Unrechtsgehalt von Straftaten und Owi hinaus, doch dieser wird nicht mehr wie noch bei der Formaltheorie BINDINGs in einer rein strafrechtlichen und auf den Verbrechensbegriff beschränkten Betrachtung der Unrechtssachverhalte gesucht, sondern GOLDSCHMIDT strebt über die Unrechtsbetrachtung hinaus und fragt nach den Zwecken von Justiz- und Verw-strafrecht. Diese Zwecke aber, die sich für das Justiz- und Verwaltungsstrafrecht als gegensätzlich herausstellen, machen es ihm möglich, allen sonstigen Unterschieden, etwa in Art und Weise des Angriffsobjekts, nur symptomatische Bedeutung beizumessen (13), um dafür umso stärker den materiell-normativen Gegensatz von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht hervortreten zu lassen. Dadurch gelangt GOLDSCHMIDT zu einem "Unterschied in der Wertbeziehung" (14), insofern als er den Unterschied von Verwaltungs- und Justizstrafrecht "nur in einer Verschiedenheit des normativen Elements des objektiven Tatbestandes" sucht (15). Diese neue Blickrichtung

---

13) vgl. DStrZ 1914, 225.
14) so charakterisiert Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.532 die neue normative Lehre im Gegensatz zu der früheren, die lediglich einen "Unterschied in der Bewertung" der Unrechtssachverhalte suchte.
15) so GOLDSCHMIDT, DStrZ 1914, 226.

gefunden zu haben, ist ein bleibendes Verdienst GOLDSCHMIDTs. Er hat dadurch die Abgrenzungsdiskussion aus der Sackgasse tatbestandsverhafterer Unrechtsvergleiche herausgeführt und für übergeordnete, normative Momente geöffnet.

2. Der staatstheoretische Gegensatz von Justiz und Verwaltung.

GOLDSCHMIDT geht bei der Suche nach dem Zweckgehalt des Justiz- und Verwaltungsstrafrechts davon aus, daß das Justizstrafrecht den Zielen der Justiz, das Verwaltungsstrafrecht den Zielen der Verwaltung dient. Dadurch stößt er zwangsläufig auf den Gegensatz von Justiz und Verwaltung.

Dieser Gegensatz von Justiz und Verwaltung beruht nach ihm auf einem Unterschied von Zweck und Mittel: "Zweck des R e c h t s (im Sinne von Justiz (16) ist S c h u t z menschlicher W i l l e n s s p h ä r e n : Rechtsgüter; sein Schutzmittel die dauernde Erklärung, die Satzung: der Rechtssatz. Zweck der V e r w a l t u n g ist Förderung des öffentlichen und staatlichen Wohls, ihr Förderungsmittel stets Handeln" (17).

Diese Definition, die zwar in Kürze die entscheidenden Kriterien von Justiz und Verwaltung enthält, bedarf jedoch einer kurzen Erläuterung, um die Folgerungen GOLDSCHMIDTs für die materiellen Unterschiede von Justiz- und Verw-strafrecht in seinem Sinne verstehen zu können.

a) Was den Schutz von "Willenssphären" als Zweck der Justiz betrifft, spricht GOLDSCHMIDT an anderer Stelle (18) stattdessen von " W o l l e n d ü r f e n ", welches eine subjektive und eine objektive Seite habe. In s u b j e k t i v e r Hinsicht ist Wollendürfen das "Interesse eines Willensträgers", wobei auch das Rechtsobjekt Staat als Gesamtheit vieler Willensträger in Frage komme. Die o b j e k t i v e Seite des Wollendürfens erhalte ihren Inhalt durch die Koexistenz

16) vgl. DStrZ 1914, 224
17) GA 49,83/84
18) Verwaltungsstrafrecht S.53o

mehrerer Willensträger, durch welche jedem seine Machtsphäre ab- und vorgezeichnet wird.

Geschützt und gewährleistet wird dies durch die Satzung, die V e r f a s s u n g. Insofern ist also die Verfassung das Mittel der Justiz zur Erreichung ihres Zweckes, des Schutzes von Willenssphären (19).

b) Gegenstand und Zweck der Verwaltung ist die W o h l f a h r t (2o). In s u b j e k t i v e r Hinsicht ist sie nicht notwendig das Interesse eines bestimmten Willensträgers. Dies zeigt sich vor allem da, wo es um das Wohl der Gesamtheit geht, die dann regelmäßig nicht als Willensträger, Staat, sondern als "Publikum" (21) in Frage kommt. Das Charakteristische der Wohlfahrt im o b j e k t i v e n Sinne ist nun, daß sie kein Zustand ist wie die Abgrenzung der Willenssphären beim Wollendürfen, sondern daß sie ein Z i e l , ein unerreichbarer Zweck bleibt und damit höchstenfalls ein Idealzustand materiellen und ideellen Wohlbefindens sein kann (22).

Dadurch muß auch das Mittel zur Verwirklichung dieses Zieles ein anderes sein. Es genügt nicht die Feststellung eines Zustandes durch Rechtssatz, sondern es bedarf der H a n d l u n g (23).

Dem s t a t i s c h e n Element der J u s t i z steht somit das d y n a m i s c h e der V e r w a l t u n g gegenüber.

III. <u>Die Folgerungen für die U n r e c h t s g e h a l t e des Justiz- und Verwaltungsdelikts.</u>

Aus den gegensätzlichen Zwecken von Justiz und Verwal-

---

19) Wegen der Bedeutung, die damit der Verfassung zukommt, hatte GOLDSCHMIDT das Strafrecht der Justiz anfangs (vgl. sein Verwaltungsstrafrecht) noch als "Verfassungsstrafrecht" bezeichnet. Die spätere Einsetzung durch "Justizstrafrecht" knüpft an JELLINEK an, vgl.Festg.f.Koch S.416 mit Anm.2.
2o) Verwaltungsstrafrecht S.53o
21) Das "Publikum" hat GOLDSCHMIDT nur negativ als "die nicht als Willensträger erscheinende Gesamtheit" bestimmt.
22) vgl.Verwaltungsstrafrecht S.53o,533.
23) aaO. S.532,539.

tung als Schutz eines Zustandes einerseits und Erstrebung eines Zieles andererseits erklärt sich nun auch, daß bei Negation dieser Zwecke durch Justiz- und Verwaltungsdelikte jeweils ein anderer Effekt eintreten muß: während das J u s t i z d e l i k t durch Verletzung von Willenssphären, also durch Störung eines Zustandes einen Schaden hervorruft, ein d a m n u m e m e r g e n s verursacht, liegt beim V e r w a l t u n g s d e l i k t lediglich die Unterlassung der Förderung eines Zieles vor; es handelt sich hier also lediglich um ein l u c r u m c e s s a n s, um einen nicht eingetretenen, aber vorgestellten günstigen Erfolg (24).

Daraus ergeben sich für den U n r e c h t s g e h a l t des Justiz- und Verwaltungsdelikts grundlegende Verschiedenheiten.

1. In f o r m e l l e r Hinsicht sollte man zwar annehmen können, daß der Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift, die formelle Gesetzwidrigkeit also, beim Justiz- und Verwaltungsdelikt die gleiche sei. Doch bereits hier macht GOLDSCHMIDT Unterschiede. Er hat dabei nicht immer den gleichen Standpunkt durchgehalten.

In seinen früheren Arbeiten (25) hat er nur dem Justizdelikt formelle R e c h t s w i d r i g k e i t zugebilligt, während das Verwaltungsdelikt nur eine sog. V e r w a l t u n g s w i d r i g k e i t enthalten sollte (26). Auch diesen Unterschied leitet er aus dem Zweckgegensatz von Justiz und Verwaltung her. Nur der Rechtssatz der Justiz, der im Interesse eines Rechtsguts erlassen wurde, ist für ihn ein Rechtssatz im eigentlichen Sinne. Er enthält eine feststehende Willenserklärung des Staates über die Machtsphären von Willensträgern; seine Verletzung ist die formelle Rechtswidrigkeit.

---

24) vgl. Verwaltungsstrafrecht S.545, GA 49/85. Ganz konsequent sind deshalb für GOLDSCHMIDT alle sog.Unterlassungsdelikte keine Rechtsdelikte.
25) vgl. vor allem GA 49/82 ff.
26) GA 49/84

Anders beim Verwaltungsdelikt: die Verwaltung ist ihrem Wesen nach Willensbestätigung. Erläßt sie eine Vorschrift, so handelt es sich nicht um einen Rechtssatz (27), sondern um einen Verwaltungsbefehl; und in der Verletzung dieses Befehles liegt die Verwaltungswidrigkeit (28).

Unter dem Ansturm der Kritik, die sich besonders gegen die Verneinung der Rechtssatzqualität der Verwaltungsvorschriften wandte, hat GOLDSCHMIDT den Verwaltungsstrafrechtssatz s p ä t e r (29) als ein "mixtum compositum" von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz, als eine "Verwaltungsvorschrift in Rechtssatzform" anerkannt. Damit spaltet sich nun die Gesetzwidrigkeit beim Verwaltungsdelikt in zwei f o r m e l l e E l e m e n t e : in die Rechtswidrigkeit als Verstoß gegen den Rechtssatz einerseits und in die Verwaltungswidrigkeit gegen den Verwaltungsbefehl andererseits.

2. In m a t e r i e l l e r Hinsicht sind die Unterschiede im Unrechtsgehalt noch größer. Denn während das Justizdelikt über dem formellen Gesetzesverstoß hinaus eine fremde Machtsphäre stört und damit eine Rechtsgutsverletzung enthält (3o), fehlt es dem Verwaltungsdelikt an einem solchen materiellen Element fast völlig, da hier kein Zustand vorliegt, der verletzt werden könnte, sondern nur ein Ziel (31). Als materielles Element der Verwaltungswidrigkeit könnte höchstenfalls die Durchkreuzung des Verwaltungszweckes als lucrum cessans in Betracht kommen (32). Da dieser aber nur ein ideales fiktives Ziel ist, dessen Nichtförderung im

---

27) Das Kriterium für die Rechtsnatur einer Vorschrift scheint ihm der Rechtsgutscharakter des geschützten Interesses zu sein, vgl. GA 49,82: da die öffentliche Ordnung kein Rechtsgut sei, seien die in ihrem Interesse erlassenen Vorschriften keine Rechtssätze.

28) GA 49/84

29) vgl.u.a.Festgabe f.KOCH S.415 ff; GA 54,39; DStZ 1914,226.

3o) Verwaltungsstrafrecht S.54o.

31) Selbst da, wo 2 verschiedene Tatbestände vom gleichen Interesse, etwa der "öffentlichen Ordnung" sprechen, hält es GOLDSCHMIDT für möglich, daß nur bei einem dieser Tatbestände die öffentliche Ordnung Rechtsgut ist, während sie im Falle einer Polizeiübertretung nur "Fürsorgeobjekt der Verwaltung" sei, vgl.GA 49, 81/82.

32) GA 49/84

Deliktsfalle kaum positiv feststellbar wäre, scheint es ausgeschlossen, die Unterlassung der Förderung eines Zieles als Merkmal in den Tatbestand aufzunehmen.

GOLDSCHMIDT sieht nun folgenden Weg, der dann freilich zur formellen Verwaltungswidrigkeit zurückführt: man kann es demjenigen, der ex officio mit der Förderung des öffentlichen Wohles betraut ist - und das ist die Verwaltung -, überlassen, seine objektive Auffassung von jenem Wohlfahrtsideal zur Richtschnur seiner realen Tätigkeit zu machen. Damit geht dann notgedrungen der objektive ideale Gesichtspunkt völlig in dem ganz bestimmten subjektiven realen Gesichtspunkt auf: dem Willen der Verwaltung (33). Gibt sie diesen Willen in Verwaltungsbefehlen kund, so sind diese Befehle "unwiderleglich vorteilbringend, ihre Nichtbefolgung unwiderleglich vorteilvereitelnd". Allein diese durch Nichtbefolgung der Verwaltungsvorschrift zum Ausdruck kommende Unterlassung der Förderung des subjektiven Verwaltungszieles könnte als materielles Element der Verwaltungswidrigkeit in Frage kommen. Aber da sie als Fiktion nicht Tatbestandsmerkmal sein kann, bestehe die Verwaltungswidrigkeit tatsächlich nur in einem Verstoß gegen einen Verwaltungsbefehl (34).

3. Der Unterschied im Unrechtsgehalt von Justiz- und Verwaltungsdelikt besteht z u s a m m e n f a s s e n d für GOLDSCHMIDT also darin, daß das Justizdelikt neben der formellen Rechtswidrigkeit eine Rechtsgutsverletzung enthält, während das Verwaltungsdelikt sich - nach älterer Version - in formeller Verwaltungswidrigkeit erschöpft (35) bzw. - nach späterer Version - neben der formellen Rechtswidrigkeit nur noch eine formelle Verwaltungswidrigkeit in Form eines Verstoßes gegen einen Verwaltungsbefehl vorliegt (36). Nur symptomatische Bedeutung hat es dagegen, wenn sich dieser

---

33) GA 49,85
34) Verwaltungsstrafrecht S.585, GA 49,85
35) vgl.GA 49/85
36) so in GA 54,39; DStrZ 1914,227. Damit enthält das Verwaltungsdelikt ein doppeltes formelles Element.

Unterschied vertieft durch die Kulturindifferenz und Wandelbarkeit der Verwaltungsdelikte bzw.durch die ethische Bedeutsamkeit der Justizdelikte. Entscheidend ist nur der Gegensatz von materieller Rechtsgutsverletzung einerseits und formeller Verwaltungswidrigkeit andererseits (37).

IV. Die Folgerungen für die Verschiedenheit der R e c h t s f o l g e n und die R e c h t s n a t u r des Verwaltungsstrafrechts.

1. Ausgangspunkt ist hier der Grundsatz, daß Justiz und Verwaltung zur Durchsetzung ihrer gegensätzlichen Zwecke ihre je eigenen Zwangsmittel haben müssen. Der Justiz steht die kriminelle Strafe zur Verfügung, die Verwaltung hat eine Strafgewalt besonderer Art (38). Sie ergibt sich daraus, daß die Gesamtheit in allen ihren Gliedern zur Erfüllung des Wohlfahrtszweckes der Verwaltung mitarbeiten muß. Die Individuen sind dabei "nicht Willensträger, sondern ebenso wie der Staat selbst ... Verwaltungsorgane der menschlichen Gesellschaft". Dadurch freilich, daß der Kurs des verwaltenden Staates für die Individuen der maßgebende geworden ist, ist die Ebenbürtigkeit stark beeinträchtigt, "indem sie als in thesi gleichberechtigter Organe der Gesamtheit zu Hilfsorganen des verwaltenden Staates herabgedrückt werden" (39).

---

37) Schon hier darf kritisch vermerkt werden, daß G.s.Ergebnis letztlich inkonsequent und paradox ist. Paradox insofern, als er gerade mit Hinlenkung auf den Verwaltungszweck das leere Formaldelikt BINDINGs wieder mit materiell-normativem Gehalt erfüllen wollte, inkonsequent insofern, als er das in der Nichtförderung des Verwaltungszweckes liegende materielle Unrechtselement des Verw.-delikts zu Unrecht völlig im formellen Verwaltungsbefehl aufgehen läßt; ebensowenig leuchtet ein, warum etwa verletzte ethische Individualpflichten hinter dem "reinen Ungehorsam" verschwinden sollen (Festgabe für Koch S.425). Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.544 f hat deshalb nicht ganz zu Unrecht G. wieder zurechtgedeutet und in dessen Lehre mehr materiellen Gehalt entdeckt, als G. selber wahrhaben wollte

38) von GOLDSCHMIDT eingehend behandelt in IKV 12,217 ff.

39) Verwaltungsstrafrecht S.547,553.

Es ist nur konsequent, wenn von hier aus die Strafgewalt sich als " V e r w a l t u n g s z w a n g " (4o), als "S e l b s t h i l f e der Verwaltung" (41) darstellt und die Verwaltungsstrafe nichts anderes ist als die M a ß r e g e l u n g eines H i l f s o r g a n s ohne Besserungs-, Sicherungs- und Abschreckungszwecke (42). Der Verwaltungswidrige muß durch die Verwaltungsstrafe in erster Linie eine Art Schadensersatz leisten; deshalb spricht GOLDSCHMIDT auch von "Deliktsobligation des Verwaltungsrechts" (43).

2. Wenn die Rechtsfolge des Verw.Delikts Verwaltungszwang ist, dann ergibt sich daraus für GOLDSCHMIDT notwendig die Z u s t ä n d i g k e i t der Verwaltung für das Verfahren. Allerdings müsse auch im Verwstrafverfahren der Grundsatz "nulla poema sine iudicio" in Geltung bleiben. Deshalb hält er es im Rechtsschutzinteresse der Individuen für geboten, daß die Verwaltungsstrafe von den Verwaltungsgerichten verhängt wird (44). Aber dadurch wird ihr Ausspruch keineswegs Justizsache, auch dann nicht, wenn nach geltendem Recht noch die Zuständigkeit der Strafgerichte bestehen sollte; denn diese üben ihrem Wesen nach "Verwaltungskontrolle, d.h.wenigstens der Sache nach Verwaltungsgerichtsbarkeit" aus (45).

3. Schließlich ergibt sich aus der Rechtsnatur der Verwaltungsstrafe als Verwaltungszwang und aus dem Verwaltungscharakter des Verw-strafverfahrens, daß es sich beim Verwaltungsstrafrecht nicht um Strafrecht handelt, sondern daß es "juristisch-dogmatisch V e r w a l t u n g s r e c h t" ist (46), eine These, mit der das Verwaltungsstrafrecht von Grund auf aus dem Strafrecht herausgerissen wird.

4o) DStrZ 1914,224
41) Verwaltungsstrafrecht S. 567
42) Verwaltungsstrafrecht S. 552/53
43) IKV 12,217/237/242
44) Verwaltungsstrafrecht S.583/84
45) DStrZ 1914,224; vgl.weiter GA 49,86
46) vgl.Verwaltungsstrafrecht S.552; IKV 12,229

V. GOLDSCHMIDTs Definitionen des Verwaltungs- und Justizdelikts. Der Abschichtungsprozeß.

1. Auf Grund des Gegensatzes von Justiz und Verwaltung und der darauf beruhenden Verschiedenheiten im Unrechtsgehalt gibt GOLDSCHMIDT folgende Bestimmung der Deliktsarten:

"Ein gegen den verwaltenden Staat als solchen gerichtetes Delikt bleibt Verwaltungsdelikt, solange als allein die Vorschriftswidrigkeit in Betracht kommt: denn daraus erhellt, daß es sich um eine im Interesse des - imaginären - öffentlichen Wohls erlassene Verwaltungsvorschrift handelt".

"Es wird Rechtsdelikt, sobald als die Machtsphäre des verwaltenden Staates als - reales - Schutzobjekt in Betracht kommt; denn dies ist das untrügliche Zeichen, daß eine wirkliche Rechtsvorschrift in Frage steht" (47).

2. Bereits in diesen Begriffsbestimmungen (48) bringt GOLDSCHMIDT das Phänomen zum Ausdruck, daß zwischen dem Bereich der Verwaltungs- und Justizdelikte ein ständiger "Abschichtungsprozeß" stattfinde, so daß es wenige Rechtsdelikte gäbe, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hätten (49).

Dies ist ein sehr wesentlicher Gedanke; denn er erklärt, ungeachtet der Richtigkeit der betreffenden Abgrenzungskonzeption, die Unmöglichkeit, einen immer und allgemeingültigen Katalog der Justiz- und Verwaltungsdelikte aufzustellen, eine Forderung, mit der man oft die qualitativen Abgrenzungstheorien auszuspielen sucht (5o). Jede Zeit ist deshalb gehalten,

---

47) Verwaltungsstrafrecht S.577

48) beachte: "es bleibt (!) Verw-Delikt solange (!)", "es wird (!) Rechtsdelikt sobald (!)"

49) Verwaltungsstrafrecht S.585. Vgl.auch O.MAYER, Verwaltungsrecht I 2.Aufl.S.222 f u.M.E.MAYER, der auf dem Abschichtungsprozeß der Kultur zu Rechtsgütern seine Lehre von den "Rechtsnormen und Kulturnormen" (19o3) aufbaut.

5o) vgl.Eb.SCHMIDT, Sitzungsniederschrift I S.335 gegen v.HIPPEL u.TROPS.

ihre gesetzliche Abgrenzungslinie neu zu prüfen und die bereits zum Bereich der Straftaten abgeschichteten Owi auch als Straftaten zu deklarieren (51).

§ 6. Die teleologische Vertiefung der Verwstrtheorie durch Erik WOLF.

I. Seine staats- und wertphilosophischen Grundlagen.

1. Der Gedanke eines normativen Unterschiedes zwischen Justiz- und Verwaltungsdelikten wird fortgeführt, vertieft und verfeinert von Erik WOLF. Noch klarer als bei GOLDSCHMIDT werden hier die staats- und wertphilosophischen Wurzeln des Gegensatzes von Justiz und Verwaltung freigelegt und die Unterscheidung noch weniger in formallogischen Begriffsverschiedenheiten als in materiell-normativen Sinnunterschieden gesucht.

Das zeigt sich bereits in WOLFs A u s g a n g s t h e s e, daß zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafe einerseits und zwischen Verbrechen und Verwaltungsdelikt andererseits keine Begriffs- (wesens-), sondern nur eine S i n n - (wert-) V e r s c h i e d e n h e i t bestehe (1), welche "in der Verschiedenheit der Wertbeziehung der Rechtstatsachen auf die Norm" verwurzelt sei (2). Von hier aus gewinnt WOLF dann den Zugang zu seinen staatsphilosophischen Grundthesen, die für die Qualität der beiden Deliktsarten entscheidend werden. Denn da nach ihm (3) jede strafrecht-

---

51) Zu den Einwendungen, die gegen die Folgerungen G's für den Qualitätsunterschied von Justiz- und Verwaltung erhoben werden müssen, vgl. u. S.114 f.

1) Frank-Festgabe II S.519 f
2) aaO. S.521
3) aaO. S.521, wo er als weitere Gewährsmänner BINDER und SAUER anführt.

liche Wertung auf den Staat als konstituierenden Grundwert bezogen sein muß, können sich je nach der Struktur und Ausgestaltung dieses Grundwertes auch wesensverschiedene Deliktsbereiche ergeben.

2. Anknüpfend an MONTESQUIEUs klassische D r e i g l i e d e r u n g des S t a a t s w e r t e s (4) spaltet sich dieser auf in den Rechts-, Macht- und Wohlfahrtswert. Betrachtet man unter dem Aspekt dieser "Trinität der Staatswertentfaltung" das Strafrecht, so ergibt sich daraus für WOLF die Wertverschiedenheit des Justiz- und Verwaltungsstrafrechts von selbst: der höchste Verwaltungswert: die W o h l f a h r t, wird konstitutiver Grundwert des Verwaltungsstrafrechts, der höchste Justizwert: die G e r e c h t i g k e i t konstitutiver Grundwert des Justizstrafrechts, während der höchste Machtwert die Sphäre der Zwangs-Exekutiv-Strafgewalt begründet (5).

Da diese tragenden Grundwerte jedoch nur den Charakter von "ideellen Werten" haben und nicht unmittelbar auf das sinnfremde Kultursubstrat" einzuwirken vermögen, bedarf es eines Bindegliedes zwischen beiden. WOLF findet es im Anschluß an die Wertphilosophie RICKERTs in den "Gütern". So kommen denn die Rechtswerte in den R e c h t s g ü t e r n zur Verwirklichung, die Verwaltungswerte dagegen in den V e r w a l t u n g s g ü t e r n (6).

3. Damit wirdder Gegensatz von Rechtsguts- und Verwaltungsgut zum A n g e l p u n k t der Abgrenzung. Denn das Rechtsgut (7) als "das durch emotionale Verknüpfung

---

4) die durch JELLINEK, SCHELER und SMEND eine moderne Renaisance erlebt hatte.
5) aaO. S.521
6) aaO. S.523
7) aber nur in seinem materialen, rechtsphilosophischen Sinne; das betont WOLF (aaO) vor allem gegenüber TROPS, der den Rechtsgutsbegriff nur im dogmatischen Sinne aufgefaßt hatte (Wert u.Wesen der Verwstrtheorie S.5o f) und dadurch folgerichtig zur Wertlosigkeit des Rechtsgutsbegriffs für die Abgrenzung gekommen war, da das Rechtsgut als formales Element jedem Rechtswidrigkeitsurteil eigen ist.

mit den Inhalten des Gerechtigkeitsgedankens 'staatsgerecht' gewordene Kulturgut" (8) weist nämlich andere Eigenschaften auf als das "durch Verknüpfung beliebiger Sozialsachverhalte mit den Inhalten staatlicher Verwaltungswerte" entstandene Kulturgut. Während weiterhin die Verwaltungsgüter den Stempel des Vergänglichen tragen, Gegenwartsgüter sind, haben die Rechtsgüter den Charakter des Dauernden, Ewigen (9).

Auch das S u b j e k t v e r h a l t e n ist deshalb bei den Verw- und Justizdelikten verschieden: der kriminelle Täter handelt "illegal, unrecht", "er ist ein unsozialer, antisozialer, gefährlicher Mensch". Wer aber eine Wohlfahrtsgüterverletzung begangen hat, der zeigt nur einen Mangel an sozialem Eifer, "er tut nicht eigentlich unrecht, sondern ungut, unwohl", er ist ein "gemeinläßlicher Mensch" (lo).

4. Insoweit ergibt sich also für WOLF bereits auf Grund der teleologisch verschiedenen Ausrichtung der Rechts- und Verwaltungsgüter ein normativ-materieller Unterschied zwischen den Justiz- und Verwaltungsdelikten.

Jedoch versucht er darüber hinaus den rechtsdogmatischen Nachweis zu erbringen, daß dieser normative Unterschied auch in der besonderen materialen Ausprägung des Verwaltungsdelikts zur Auswirkung kommt.

II. Die materialen Besonderheiten des Verwaltungsdelikts.

Bei der dabei notwendigen Analyse des Verwaltungsdeliktsbegriffes ist allerdings WOLFs besondere Auffassung von der R e c h t s n a t u r des V e r w a l t u n g s s t r a f r e c h t s zu beachten. Zwar ist für ihn das Verwaltungsstrafrecht im materiellen Sinne Verwaltungsrecht, da es dem gleichen Wohlfahrtszweck wie die Verwaltungstätigkeit dient, aber anders als GOLDSCHMIDT hält er es im formellen Sinne

8) aaO. S.523
9) aaO. S.524
lo) aaO. S.525

für Strafrecht (11). Das hat zur Folge, daß auch das Verwaltungsdelikt den formalen Kategorien des Verbrechensbegriffes, d.h.der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld entsprechen muß. Freilich hindert das nicht, daß in diese formale Begriffshülle jeweils andere materiale Gehalte gegossen sein könnten (12). Sie gilt es aufzuspüren und mit dem materialen Gehalt des Justizdelikts zu vergleichen.

1. Im Bereich der T a t b e s t a n d s m ä ß i g k e i t gelangt WOLF zu der Feststellung, daß die Verwaltungsdelikte zwar ebenso wie die Rechtsdelikte ein Schutzobjekt (Rechtsgut) haben, daß es ihnen aber an einem Tatobjekt fehle, daß kein substantieller Angriffsgegenstand, d.i.weder ein Mensch noch eine Sache, vorhanden sei (13).

2. Die Eigenart des Verwaltungsdelikts, kein Tatobjekt zu verletzen, wirkt sich auch in der R e c h t s w i d r i g k e i t aus. Zwar besteht in formeller Hinsicht kein Unterschied zwischen Verw- und Justizdelikt, da bei beiden die Normwidrigkeit gleich ist (14). Aber in materieller Hinsicht kann mangels eines Tatobjekts kein Individualschaden entstehen, sondern nur ein "spezifisch gearteter Sozialschaden" (15). Dieser soll durchaus vom Individualschaden der Justizdelikte verschieden und vor allem durch "Unbezogenheit auf eine individuelle Person oder Sache" und durch "Immaterialität des Verletzungserfolges" gekennzeichnet sein (16). Da nun der im Interesse des höchsten Verwaltungswertes erlassene Verwaltungsstrafrechtssatz vor allem die "Aktivierung der Rechtsperson" erstrebt, besteht umgekehrt der Schaden bei Nichtbeachtung dieses Aufrufs in der "Erschütterung des objektiven Rechtsbewußtseins". Es handelt sich also nicht

---

11) aaO. S.545,560
12) aaO. S.560
13) aaO. S.561: W.knüpft dabei an die Unterscheidung M.E. MAYERs an, nach dem es neben den Erfolgsdelikten auch Delikte ohne Erfolg, Delikte ohne Handlung und Delikte ohne Willensbetätigung gibt.
14) aaO. S.563
15) aaO. S.565
16) aaO. S.566

um ein reines Formaldelikt, sondern um den "transnaturalistischen" materialen Schaden, "daß ein legaler Zustand illegal geworden und damit das Rechtsbewußtsein ins Schwanken gekommen ist" (17).

Somit besteht die materiale Besonderheit verwaltungsdeliktischer Rechtswidrigkeit darin, daß sie neben dem formalen Normwiderspruch zwar keinen Individualschaden, wohl aber einen unmittelbaren Sozialschaden verursacht.

3. Die bedeutsamsten Besonderheiten des Verw-Delikts im Bereiche der S c h u l d liegen im Unrechtsbewußtsein und in der Verwerfbarkeit. Auch sie gehen letztlich auf die Eigenart der Verw-delikte zurück, kein Tatobjekt zu verletzen. So gehört zum Inhalt des U n r e c h t s b e w u ß t s e i n s bei Verw-Delikten nicht das Wissen um die Sozialschädlichkeit oder Kulturwidrigkeit der Tat wie bei den Justizdelikten, sondern es genügt das Wissen um die "Staats-(Ordnungs-) Schädlichkeit oder R e g i e r u n g s w i d r i g k e i t" (18).

Und da der Verw-strafrechtssatz in erster Linie zu größerer Staatsaktivität aufruft, so wird hier dem Täter nicht vorgeworfen, daß er staatsfeindlich gehandelt habe, sondern nur daß er "ein Mehr an Staatsgesinnung bekunden" solle. Der ihn treffende V o r w u r f ist also weniger massiv und - gravierend; auch spricht er ihn nicht als Individuum an, sondern als Staatsbürger im Hinblick auf seine soziale Position (19).

III. Die Rechtsnatur der V e r w a l t u n g s s t r a f e und das V e r f a h r e n.

1. Der besondere Charakter des Schuldvorwurfs bedingt für WOLF auch eine besondere Deutung der V e r w a l t u n g s s t r a f e (2o). Anders als beim Justizstrafrechtssatz, wo die Strafandrohung nur eine schwache Abschreckung bewirke, komme dem Verw-strafrechtssatz schon

17) aaO. S.566 ff
18) aaO. S.575
19) aaO. S.582 f
2o) aaO. S.584 ff

allein durch die im konkreten Verwaltungsbefehl (Steuerbescheid, Polizeiverfügung) enthaltene spezielle Strafandrohung besondere a b s c h r e c k e n d e Funktion zu. Dagegen scheiden spezielle S i c h e r u n g s z w e c k e der Verw-strafe schon wegen der bloßen "Gemeinläßlichkeit der Tat" völlig aus. Hinsichtlich des E r z i e h u n g s z w e c k e s endlich wird der Täter nicht als Individuum angerufen, sondern mehr nur als "sozialnachlässiger, staatsindolenter Rechtsgenosse", der wegen Lockerung seiner "rechtsgenossenschaftlichen Selbstdisziplin" zur Ordnung gerufen wird. Der Sinngehalt der Verw-strafe sei deshalb nicht der einer Pflichtensteigerung, sondern nur der einer "P f l i c h t e n m a h n u n g", eines bloßen "Z u c h t m i t t e l s".

2. Da für WOLF das Verw-strafrecht nur formell Strafrecht, materiell aber Verwaltungsrecht ist, und auch die Verw-strafe ihrem Wesensgehalt nach ein Verwaltungsmittel ist, tritt er entschieden für eine prozessuale Selbständigkeit des V e r w - s t r a f v e r f a h r e n s ein. Aber ebenso wie GOLDSCHMIDT befürwortet er nicht die Zuständigkeit der Verwaltung, sondern hält es für wichtiger, die Verw-strafsachen den Verwaltungsgerichten zu übertragen (21).

IV. Eine z u s a m m e n f a s s e n d e Würdigung des eigenständigen Beitrags WOLFs zur Verwstrtheorie ergibt rechtsphilosophisch die Vertiefung des normativ-materiellen Unterschieds im Unrechtsgehalt der Justiz- und Verwaltungsdelikte, werttheoretisch verankert in den Rechts- und Wohlfahrtswerten des dreigliedrigen Staatswertes; dogmatisch ist es die Betonung der materiellen Seite des Unrechts, die bei beiden Deliktsarten eine Gutsverletzung, sei es Rechts- oder Verwaltungsgut (22), enthält und bei den Verwaltungsdelikten lediglich die Besonderheit hat, daß die Verletzungswirkung mangels eines Tatobjektes nicht in einem Individual-,

---

21) aaO. S.587
22) wobei die substantielle Seite beider für WOLF so gleichartig ist, daß er die Verwaltungsgüter gelegentlich sogar als "Rechtsgüter 2.Ordnung" (aaO. S.539) bezeichnen kann.

sondern in einem spezifischen Spzialschaden besteht. Dagegen fehlen Charakterisierungen der Verw-delikte als "reiner Ungehorsam" oder "bloßer Normwiderspruch" völlig, ja solche Auffassungen vom verw-deliktischen Unrechtsgehalt werden sogar ausdrücklich abgelehnt (23).

§ 7. Die Neubelebung der Verwaltungsstrafrechtstheorie durch Eberhard SCHMIDT.

I. Die Rückkehr zum f o r m e l l e n Verwaltungsunrecht.

1. Betrachtet man die Entschiedenheit, mit der Erik WOLF immer wieder den materiellen Gehalt des Verwaltungsdelikts herausgestellt und betont hat, so kann man die Weiterführung der Verwstrtheorie durch ihre heutigen Anhänger nur als einen R ü c k s c h r i t t empfinden. Denn unter Vernachlässigung, ja Verleugnung des materiellen Unrechtsgehalts (1) sieht man, immer extremer werdend, nur mehr den formellen Unrechtsgehalt der Owi, der sich, wie noch bei GOLDSCHMIDT, in der Vernachlässigung eines Verwaltungsbefehls, in einem reinen Ungehorsam gegen die Verwaltung also, erschöpfen soll.

Diese Entwicklung ist nicht denkbar ohne Eberhard SCHMIDT, der die Verwstrtheorie nach ihrer Ignorierung während des dritten Reiches wiederentdeckt und neubelebt (2) und in den gesetzlichen Abgrenzungskonzeptionen des WiStG 1949 und des OWG 1952 als einflußreicher Ausschußvorsitzender zu prakti-

---

23) vgl. aaO. S.545,564.
1) vgl.Rich.LANGE JZ 56,78 u.unten S.7o f
2) Seine Beiträge im einzelnen: "Probleme des Wi-strafrechts' SJZ 1948,225 f; "Rechtsnot im Wi-strafrecht und ihre Überwindung", SJZ 1948,569 ff; "Neues deutsches Wi-strafrecht", Beilage 11 zur DRZ 195o; "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten", JZ 1951,lol ff; "Strafrecht und Disziplinarrecht", Deutsche Landesreferate zum III.Internation. Kongreß für Rechtsvergleichung 195o, S.865 ff; Einleitung zu HAERTEL-JOEL-SCHMIDT, Wirtschaftsstrafgesetz 1949; Sitzungsniederschrift I S.67 ff, 333 ff.

scher Verwirklichung geführt hat. SCHMIDT war es aber auch, der die normative Grundlage GOLDSCHMIDTs und WOLFs aufgegeben und damit die Verwstrtheorie in die formelle Richtung des reinen Ungehorsams gelenkt hat.

2. Diese Wende hat sich freilich nur allmählich vollzogen. In seinem ersten größeren Beitrag zu den "Problemen des Wi-strafrechts" lehnt sich SCHMIDT noch eng an die materiale Verw-deliktsauffassung WOLFs an. Hier wird noch eingeräumt, daß das Verwaltungsdelikt nicht bloß reiner Ungehorsam gegen einen Verwaltungsbefehl ist, sondern darüberhinaus einen durchaus materiellen Schaden, wenn auch nur einen auf den Bereich der Verwaltung beschränkten "typischen Verwaltungsschaden" hervorrufe (3).

Aber bereits in dieser Schrift Eb.SCHMIDTs fällt auf, daß die im Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung bestehende staats- und werttheoretische Grundlage, die für GOLDSCHMIDT und WOLF das entscheidende normative Fundament der ganzen Abgrenzungskonzeption gewesen war, nunmehr vollkommen zurücktritt, ja kaum noch Erwähnung findet. Einen der wenigen Anklänge an die ursprüngliche normative Ausgangsthese könnte man vielleicht noch darin sehen, daß SCHMIDT die Justiz zur Begründung ihrer Alleinzuständigkeit in Kriminalsachen als "Verwalterin der Gerechtigkeit" bezeichnet (4). Wenn SCHMIDT dagegen auf die auch "ideelle Realität" der Rechtsgüter hinweist (5), so will er sich hiermit keineswegs die RICKERT'sche Wertfundierung im Sinne WOLFs zu eigen machen, sondern mit der ideellen Realität der Rechtsgüter möchte er lediglich zur Begründung seiner objektiv-subjektiven Abgrenzungsformel (§ 6 Abs.2 WiStG 1949) verständlich machen, daß der materielle Gehalt einer Rechtsgutsverletzung auch durch eine subjektive Strebung oder Haltung mitbestimmt werden könne (6).

---

3) SJZ 48,233
4) NdWistr S.25
5) SJZ 48,23o
6) Auch für die Erklärung der Wesensverschiedenheit von Geldbuße und Strafe vermag SCHMIDT aus der Gegensätzlichkeit von Justiz und Verwaltung und der darauf beruhenden Verschiedenheit der Strafzwecke bei Justiz- und Verwaltungsstrafe nichts Entscheidendes zu entnehmen, vgl.NdWistr. S.41.

Bei dieser Vernachlässigung der materiell-normativen Grundlage verwundert es nicht, daß sich für SCHMIDT der materielle Unrechtsgehalt der Owi verdünnen mußte und der formelle Unwert in Gestalt des reinen Ungehorsams gegen einen Verwaltungsbefehl wesensbestimmend wurde. Der Ungehorsamsgedanke taucht bei SCHMIDT erstmals in seiner Begründung des WiStG 1949 auf (7); der nächste Schritt war der zum "reinen Ungehorsam" als dem Wesensgehalt der Ordnungswidrigkeit (8). In dieser Ausprägung wird die Verwstrtheorie heute herrschend vertreten und fortgeführt; in dieser Gestalt wird sie vornehmlich auch Gegenstand der Kritik sein müssen.

II. Die Abgrenzungskonzeption SCHMIDTs im einzelnen.

1. Die entscheidenden Wesensunterschiede zwischen Straftaten und Owi sieht SCHMIDT in der Verschiedenheit des U n r e c h t s g e h a l t s begründet. Bei den Straftaten bestimmt sich der materielle Unrechtsgehalt nach dem "greif- und meßbaren Schaden", der einem Rechtsgut zugefügt wird. Als Rechtsgut gilt dabei das rechtlich anerkannte Interesse einer Individualperson oder einer als personifiziert gedachten Personengesamtheit wie etwa des Staates (9).

Im Gegensatz dazu soll es sich beim Verwaltungsunrecht der Owi nicht mehr um die Verletzung unmittelbarer sozialer Lebensinteressen eines Individuums oder Staates, sondern um die Störung rein verwaltungsmäßiger Interessen handeln, die sich, auf das Wirtschaftsstrafrecht abstellend, "mit Bezug auf die staatlichen Wirtschaftsaufgaben aus den Beziehungen der Verwaltungsbehörden zu den einzelnen, als ihre Hilfsorgane gesehenen Staatsgenossen ergeben" (1o).

Ganz abgesehen von der Frage, ob die in der Owi verletzten verwaltungsmäßigen Interessen nur sog. "Verwaltungsgüter" im Sinne der Verwstrtheorie sind oder man sie in Wirklichkeit

---

7) in SJZ 48,569 ff, 572
8) so in NdWistr S.28 und "Strafrecht u.Disziplinarrecht" S.871.
9) SJZ 48,23o
1o) NdWistr S.2o

nicht auch als Rechtsgüter ansehen müßte, wird also auch nach SCHMIDT durch die Owi die Verletzung materieller Interessen der Verwaltung bewirkt und ein sog."Verwaltungsschaden" verursacht. Umso mehr muß es deshalb überraschen, wenn sich das Wesen des Verwaltungsunrechts "in dem (positiven oder negativen) Ungehorsam gegenüber der Verwaltung" (11), in der"Verletzung des Gehorsamsanspruchs, den der verwaltende Staat auf den verschiedensten Lebensgebieten ... dem Einzelnen gegenüber geltend macht" (12) erschöpfen soll (13).

2. Die Verschiedenheit des Unrechtsgehalts hat für SCHMIDT nun auch Unterschiede in der Schuld zur Folge. Das Charakteristikum der k r i m i n e l l e n S c h u l d sieht er im "Gesinnungsverfall" und in der "Rechtsfeindlichkeit" des Täters, insofern als dieser hier einen "Abfall von der rechtlich zu fordernden Gesinnungsqualität prästiert" (14).

Die S c h u l d bei O w i läßt er im Einklang mit WOLF "im Wissen um die Staats- (Ordnungs-) Schädlichkeit" erschöpft sein (15). Hier fehle der Schuld jede ethische Persönlichkeitsbeziehung; sie gehe auf in der Fehlerhaftigkeit des Willens, der sich auf den Verwaltungsungehorsam richte trotz Wissens um den entgegenstehenden Verwaltungsbefehl (16).

3. Den qualitativen Unterschieden in Unrechtsgehalt und Schuld muß weiterhin auch eine Wesensverschiedenheit der S a n k t i o n e n entsprechen. Hier geht SCHMIDT ganz neue Wege, indem er das Moment der S ü h n e in die Deutung einbezieht. Nur die Kriminalstrafe habe eine Beziehung zur Sühneidee; sie treffe und erfasse die sittliche Persönlichkeit des Täters und habe ein spezifisches "ethisches Pathos". Die Geldbuße dagegen sei überhaupt keine Strafe, weil ihr jede Be-

---

11) NdWistr. S.28
12) Strafrecht u.Disziplinarrecht S.871
13) ähnlich ferner SJZ 48,572; JZ 51,1o3
14) SJZ 48,234; NdWistr. S.51
15) SJZ 48,234
16) NdWistr. S.52

ziehung zur Sühneidee fehle (17).

Auf diesem Wege kommt SCHMIDT zum gleichen Ergebnis wie WOLF; die G e l d b u ß e ist ihm lediglich "P f l i c h t e n m a h n u n g", scharfer staatlicher Anruf gegenüber einer Lässigkeit des Angerufenen in Bezug auf seinen den Verwaltungsbehörden geschuldeten Gehorsam (18).

III. Will man den Beitrag Eb.SCHMIDTs zur Verwstrtheorie a b s c h l i e ß e n d würdigen, so sind vor allem seine praktischen Verdienste um die gesetzliche Verwirklichung der verwstrtheoretischen Konzeption hervorzuheben. In theoretischer Hinsicht hat er eine Abkehr von der wertbeziehenden Denkweise GOLDSCHMIDTs und WOLFs und eine Rückkehr zur formellen Auffassung des Verwaltungsunrechts eingeleitet.

Neu ist die Verwertung des Sühnegedankens für die Unterscheidung von Strafe und Geldbuße. Freilich wird er in seiner tiefen Bedeutung für die Unterscheidung der Unrechtsgehalte noch nicht voll ausgeschöpft. SCHMIDT sieht zwar bereits die neue Dimension, die sich aus dem Sühnebedürfnis bei Straftaten und dem Mangel eines solchen bei den Owi für die ethische Relevanz der Straftaten und die ethische Indifferenz der Owi ergibt; aber er benutzt das Fehlen der ethischen Persönlichkeitsbeziehung bei den Owi lediglich dazu, sich mit der ethisch indifferenten Geldbuße ein Sanktionsmittel gegen juristische Personen zu schaffen (19). Vielleicht war aber gerade hier für einen Teil der heutigen Verwstrtheoretiker der Ansatzpunkt um über GOLDSCHMIDT, WOLF und SCHMIDT hinausgehend ethische Kriterien zur Stützung der Verwstrtheorie heranzuziehen.

---

17) NdWistr. S.45
18) vgl.Strafrecht und Disziplinarrecht S.871,873; SJZ 48,235; NdWistr. S.41, 44 ff
19) vgl.NdWistr. S.51 ff

§ 8. Der heutige Stand der Verwstrtheorie in Rechtslehre und Rechtsprechung.

I. Die Verwstrtheorie kann sich heute auf eine g r o ß e A n h ä n g e r s c h a f t in Rechtsprechung und Schrifttum berufen. Trotzdem darf man diese schon zahlenmäßig eindrucksvolle Anerkennung nicht überbewerten; denn bei Durchsicht der zustimmenden Literatur (1) kann man sich oft des Eindruckes nicht erwehren, daß der eine oder andere Autor und das oder jenes Gericht der Entscheidung des Gesetzgebers und den Vorschlägen seines maßgeblichen Mentors Eb. SCHMIDT kritiklos vertraut und sich ihnen ohne selbständige Prüfung angeschlossen hat. Auch wird man durch verschwommene und zu allgemein gehaltene Formulierungen nicht selten im unklaren darüber gelassen, ob der betreffende Autor einen gleichgeachteten Sachverhalt lediglich anders umschreiben oder ob er ihn modifizieren und weiterführen wollte.

Trotz dieser Deutungsschwierigkeiten lassen sich heute deutlich zwei extremistische T e n d e n z e n erkennen: die eine führt die von SCHMIDT angebahnte formalistische Richtung weiter zu einem reinen Formaldelikt; die andere drängt immer entschiedener zu sozialethischen Unterscheidungskriterien.

II. Die " f o r m a l i s t i s c h e " Richtung hat ihren energischsten Vertreter in Richard LANGE. Seine Ausgangsthese

---

1) Es schließen sich der Verwstrtheorie ohne wesentliche Modifizierungen u.a.an: im Schrifttum: DROST-ERBS S.34; STOECKER Vorb.II OWG u.MDR 52,385; COSTA Rpfl.52,258; BERGOLD NJW 52,4o5; RAHN-GRIMSINSKI S.11 f; NÜSE JR 49,4o1; SCHLEGTENDAL S.41 (mit starker Betonung des Zweckgegensatzes von Justiz u.Verwaltung); ERBS-KOHLHAAS Vorb.II 2 vor § 1 OWG; KÄÄB-RÖSCH, Bay LStVG Einf.37; JAGUSCH LK Vorb. B III 1 vor § 13; LANG-HINRICHSEN GA 57,225 ff; KRATZER Bay Verw Bl.58,256; Arthur KAUFMANN, Das Unrechtsbewußtsein S.184; MAIHOFER ZStW 7o,193.
In der Rechtsprechung: OLG Celle GA 1953,185; OLG Köln NJW 54,246; BGH NJW 55,351,DDevR 55,173; D Dev R 56,232; NJW 59,253.

ist an sich nicht spezifisch verwaltungsstrafrechtstheoretisch, sondern greift den älteren Gegensatz zwischen dem delictum per se und dem delictum mere prohibitum auf. Seine Grundunterscheidung ist deshalb die zwischen dem g e b o r e n e n U n r e c h t einerseits, das der Gesetzgeber bereits vorfindet und dem er durch die rechtliche Normierung lediglich deklaratorisch eine rechtliche Wertung gibt, und dem k ü n s t l i c h geschaffenen U n r e c h t andererseits, das erst durch positives Gebot und Verbot Unrecht wird (2). Doch selbst LANGE scheint dieser Unterscheidung keine maßgebliche Abgrenzungsbedeutung beizulegen; denn sonst dürfte er nicht einmal aus staatsphilosophischen Rücksichten zwischen die eigentlich kriminellen Delikte und die Owi die sog. "großen Ordnungswidrigkeiten" einschieben (3); diese sollen nämlich trotz ihres künstlichen Charakters als "Produkte des Gesetzgebers" (4) Straftaten werden können. Dadurch wird jedenfalls eine Abgrenzung nach geborenem und künstlichem Unrecht unmöglich.

Tatsächlich sucht LANGE denn auch im Anschluß an die h.M. (5) den wesensmäßigen Unterschied zwischen Straftaten und Owi im Unrechtsgehalt. Während aber bei WOLF in Gestalt des spezifischen Sozialschadens bewußt ein materielles Element in der Verwaltungswidrigkeit belassen wurde und auch bei Eb.SCHMIDT trotz der Tendenzen zum bloßen Ungehorsam in der Bejahung des spezifischen Verwaltungsschadens immerhin noch eine Spur von materiellem Unrecht bestehen blieb, kennt LANGE bei den Owi nur noch das formelle Element einer bloßen Rechtswidrigkeit. Die Grundstruktur der von ihm gemeinten Rechtswidrigkeit ist dabei im genauen Wortsinn zu nehmen, nämlich als " W i d r i g k e i t g e g e n d a s R e c h t " und nicht, wie wir es unbewußt immer verstehen, als "Rechtsgutswidrigkeit (6). Nicht einmal die Erschütterung des objektiven Rechtsbewußt-

---

2) vgl.KOHLRAUSCH-LANGE S.12; JZ 56,75,521; JZ 57,237 f
3) vgl.JZ 56,77; Dt.Landesreferate 1958,221,223
4) JZ 56,77
5) JZ 56,521
6) JZ 56,78 u.JZ 57,234, wo L. den Unrechtsgehalt der Owi auch als "Rechtsordnungswidrigkeit" bezeichnet.

seins erkennt er als materielles Rechtswidrigkeitselement an (7). Zwar mußte LANGE auf WELZELs heftige Kritik hin (8) einräumen, daß auch Verwaltungsgebote und -verbote zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes ergehen; aber trotzdem versucht er seine formelle Unrechtsthese dadurch zu halten, daß er den Rechtsgüterschutz bei den Owi nur "ratio legis" und "nicht Norminhalt" sein läßt. "Das Unrecht der Zuwiderhandlung besteht unabhängig davon" (9). Damit aber ist LANGE bei der Owi als Formaldelikt angelangt.

III. Die "s o z i a l e t h i s c h e" Tendenz weist in eine andere Richtung. Hier wird immer häufiger das sozialethische Argument, daß die Straftaten sozialethisch bedeutsam, die Owi dagegen sozialethisch indifferent seien, zur Vertiefung des verwstrtheoretisch begründeten Wesensunterschieds von Straftaten und Owi herangezogen.

So erblickt ROTBERG (1o), dem sich das BayObLG angeschlossen hat (11), in den Straftaten eine "Auflehnung der sittlichen Persönlichkeit gegen sozialethische Grundforderungen" und in den Owi einen Ungehorsam, einen "Mangel an Aufmerksamkeit"; ähnlich auch MAURACH (12) und der Große Strafsenat des BGH (13). Mißverständlich spricht das BVerfG (14) bei den Straftaten vom "Grad des ethischen Unwertgehaltes". Das Extrem der sozialethischen Richtung hat das OLG Karlsruhe (15) erreicht: das kriminelle Unrecht ist ihm "ethisches Unrecht, das Ordnungsdelikt nur Ungehorsam gegen sittlich indifferente Verwaltungsvorschriften".

Mehr oder weniger deutlich verweisen auch viele andere Anhänger der Verwstrtheorie auf den sozialethischen Unwertgehalt der Straftat.

---

7) JZ 56,78 mit Anm.6o
8) JZ 56,24o f.
9) JZ 56,523 Anm.29, ferner JZ 57,238
1o) S.26
11) BayObLGSt 1955,18
12) AT S.13 f: im Gegensatz zu den anderen Vertretern dieser Richtung, wo die Frage der verbrechens-systematischen Einordnung des sozialethischen Unwerts meist offen bleibt, verlegt ihn MAURACH eindeutig in die Schuld.
13) BGH 11,263=NJW 58,11o
14) BVerfG 9,171
15) NJW 55,12oo

3. K a p i t e l

Kritik der Verwaltungsstrafrechtstheorie

§ 9. Die Problemstellung

Die Kritik wird sich der Mehrschichtigkeit der aufgeworfenen Problematik entsprechend von verschiedenen Positionen aus mit der Verwstrtheorie auseinandersetzen müssen.

1. Problematisch ist bereits ihre Auffassung vom U n r e c h t s g e h a l t der Straftaten und Owi: die Straftat soll eine Rechtsgutsverletzung, die Owi nur reiner Ungehorsam sein. Damit liegt bei der Straftat der Schwerpunkt auf dem Erfolgsunwert, bei der Owi auf dem Aktunwert der Handlung (1). Es fragt sich, ob dies angesichts des Streites, der heute auf Grund der finalen Handlungslehre um das Wesen des materiellen Unwertes geht, überhaupt eine fruchtbare Gegenüberstellung ist; denn wenn einerseits bei der Straftat mit Betonung des Erfolgsunwertes das Wesenskriterium jener Unrechtsauffassung als maßgeblich herausgestellt wird, welche das Wesen des Unrechts in einer Rechtsgüterverletzung sieht (2) und andererseits mit Hervorhebung des Aktunwertes der Owi auf das Kriterium jener Unrechtsauffassung abgestellt wird, welche im personalen Handlungsunwert den materiellen Gehalt des Unrechts erblickt (3), dann wird dadurch das Abgrenzungsproblem auf eine Ebene verlagert, auf die es nicht gehört (4). Denn vor der Frage, ob der Straftat und Owi dies oder jenes Unrechtsmerkmal zukommt oder fehlt, liegt die grundsätzliche Frage, was denn überhaupt das Wesen des materiellen Unrechts ist. Stellt man sich dann auf den Standpunkt, daß die Rechtsgutsverletzung wesentlich zum materiellen Unrecht gehöre, dann entscheidet sich die Abgrenzung - zumindest auf Unrechtsebene -

---

1) vgl.MAIHOFER ZStW 7o,193
2) so bis in die 3oer Jahre die allg.M.; vgl.LISZT-SCHMIDT S.176, v.HIPPEL I S.1o ff, MEZGER Lehrb. S.197 ff; heute u.a.KOHLRAUSCH-LANGE S.13, SAX, Grundrechte III 2 S.913 ff; RITTLER I S.116, WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S.47 ff.
3) vor allem WELZEL ZStW 58,5o5 ff; Strafrecht S.4; ähnlich bereits die sog."Kieler Schule", vgl.zusammenfassend SCHAFFSTEIN DStR 1937,335 ff u. H.MAYER DStR 1938, 73 ff.
4) Bei solcher Zweispurigkeit in der Unrechtsauffassung ist es nur konsequent, wenn man, wie etwa WIMMER, Fahrlässige Verletzung S.17, schon deshalb das Rechtsgut als Grenzkriterium für unmaßgeblich hält.

allein danach, ob auch die Owi eine Rechtsgutsverletzung enthält. Oder aber man hält den personellen Unwert für unrechtsbestimmend, dann kommt es lediglich darauf an, ob der Handlungsunwert der Straftat wesentlich verschieden ist von dem der Owi.

Hier kann nun keinesfalls der Ort sein, über die Richtigkeit der einen oder der anderen Unrechtsauffassung zu entscheiden. Vielmehr macht es der Umstand, daß die Verwstrtheorie in ihrer Konzeption beide Unrechtsauffassungen vermengt, notwendig, die Kritik von beiden Standpunkten aus zu führen, so daß sich einerseits die Frage stellt, ob nicht auch die Owi eine Rechtsgutsverletzung enthält, und andererseits, ob denn bei den Straftaten in der Tat ein vom Ungehorsam der Owi wesentlich verschiedener Gesinnungsunwert vorliegt.

2. Weiterhin wird auch die normative Grundlage der Verwstrtheorie, der Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung, zu prüfen sein; denn auch bei Verneinung substantieller Unterschiede im Unrechtsgehalt könnte immerhin noch die teleologische Verschiedenheit des Straftaten- und Owi-Rechts eine Abgrenzung beider tragen. Im Vordergrund der Prüfung steht dabei weniger die Richtigkeit des behaupteten Wertgegensatzes von Justiz und Verwaltung als vielmehr die Frage, ob man schon aus dem Bestehen dieses Gegensatzes allein eine Wertverschiedenheit des Kriminalstraf- und Owi-Rechts folgern kann.

3. Über den straf- und verwaltungsrechtsdogmatischen Bereich hinausgehend ergeben sich gegen die Konstruktion der Owi als reinen Ungehorsam auch ethisch-phänomenologische und rechtsphilosophische Bedenken.

4. Zuallererst wird man jedoch prüfen müssen, ob die Verwstrtheorie von ihrer eigenen Position aus alle dogmatischen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung lösen kann, ohne mit sich selbst oder mit allgemeinen unrechtsdogmatischen Prinzipien in Widerspruch zu geraten. Bereits in diesem ersten Abschnitt der Kritik werden bedenkliche konstruktive Schwächen der Verwstrtheorie offenbar.

§ 1o. Konstruktive Schwierigkeiten der Verwstrtheorie bei Verneinung der Rechtsgutsqualität der Owi.

I. Die Schwierigkeiten bei Zuordnung der Mischtatbestände nach der sog.SCHMIDT'schen Formel.

Auch wenn man mit JESCHEK (1) die Mischtatbestände als der Vergangenheit angehörig ansieht - was allerdings noch abzuwarten wäre - oder ihre Probleme mit Hinweis auf die typischen Mißhelligkeiten solcher Grenzbereiche zu bagatellisieren versucht (2), so verdienen etwaige Schwierigkeiten bei Einordnung eines Mischtatbestandes als Straftat sicherlich dann Beachtung, wenn sie schlagartig den nichtquantitativen Unterschied zwischen Kriminal- und Verwaltungsunrecht offenzulegen vermögen. Könnte nämlich der etwa bei Verletzung der Meldeordnung eintretende Verwaltungsschaden im Vergleich mit dem Erfolgsunwert eines Mordes noch eher als qualitatives "aliud" erscheinen, so verdünnt sich der Unterschied im materiellen Unrechtsgehalt in Zuspitzung auf die Mischtatbestände immer mehr zu einem nur quantitativen plus und minus.

1. Das zeigt sich bereits bei Handhabung der o b j e k t i v e n A b g r e n z u n g s f o r m e l des § 3 I Nr.1 WiStG 1954. Danach ist die Verwirklichung eines Mischtatbestandes dann als Straftat zu beurteilen, wenn "die Tat ihrem Umfang oder ihrer Auswirkung nach geeignet ist, die Zwecke der Wirtschaftsordnung ... erheblich zu beeinträchtigen". Hatte diese Formel in ihrer älteren Fassung (§ 6 II Nr.1 WiStG 1949) für die Straftat noch die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes - nämlich des "Staatsinteresse(s) an Bestand und Erhaltung der Wi-Ordnung im ganzen oder in einzelnen Bereichen" - gefordert und damit zum Ausdruck gebracht, daß bei den Owi nicht notwendig eine Rechtsgutsverletzung vorliegen müsse, so scheint in der Fassung des WiStG 1954 (§ 3 II Ziff. 1) sogar der Gesetzgeber von dieser verwstr-

---

1) JZ 59,46o
2) so Eb.SCHMIDT, Sitzungsniederschrift I S.337; NdWistr.S.33.

theoretischen Konzeption abgerückt zu sein; denn in einer wi-strafrechtlichen Formel, nach welcher an sich rechtsgütslose Zuwiderhandlungen als rechtsgutsverletzende Straftaten erkannt werden sollen, kann man nur dann auf die Voranstellung eines straftatcharakterisierenden Rechtsgutes verzichten, wenn man die Beeinträchtigung des Rechtsgutes "Wirtschaft" als jeder wi-strafrechtlichen Zuwiderhandlung wesentlich und eigentümlich erachtet und lediglich in der Erheblichkeit der Beeinträchtigung das die Straftat kennzeichnende Merkmal sieht. Damit ist der Rechtsgutscharakter auch der Owi zugegeben, zumindest aber, mit SAX (3), "die ursprüngliche Konzeption eines qualitativen Unterschiedes zwischen Straftat und Owi "schon von Gesetzes wegen ... völlig verflüchtigt".

2. Die Schwierigkeiten der Verwstrtheorie zeigen sich noch eindringlicher bei ihrem Versuch, die subjektive Einordnungsformel des § 3 I Nr.2 WiStG 1954 in ihre rechtsgutsverneinende Owi-Auffassung konstruktiv einzufügen und zu begründen.

Nach dieser subjektiven Formel soll die Verwirklichung eines Mischtatbestandes dann als Straftat zu beurteilen sein, wenn der Täter durch besondere Intensität des Täterwillens, etwa durch hartnäckige Wiederholung, Gewerbsmäßigkeit, verwerflichen Eigennutz oder sonstige Verantwortungslosigkeit, seine Mißachtung gegen die anerkannte Wirtschaftsordnung zum Ausdruck bringt oder, nach den Worten Eb.SCHMIDTs (4), eine "grundsätzlich feindselige, negierende Haltung zur Wirtschaftsordnung" zeigt. Leugnet man auch in diesen Fällen das Vorliegen einer echten Rechtsgutsverletzung, so muß man diesen Mangel eines objektiven Unrechtsgehalts durch einen subjektiven ausgleichen. Die Konsequenz daraus wäre, daß man sich für die materielle Rechtswidrigkeit hier statt einer Rechtsgutsverletzung mit einem personalen Handlungsunwert begnügen müßte. Dadurch wäre aber auch die verwstrtheoretische Abgrenzungskonzeption entscheidend getroffen; denn welchen Sinn hätte

---

3) Grundrechte III 2 S.922 Anm.4o a.E.
4) SJZ 48,234

es noch, Rechtsgutsverletzungsdelikte und reine Ungehorsamsdelikte als qualitativ abgegrenzte Bereiche einander gegenüberzustellen, wenn zu den Rechtsgutsverletzungsdelikten auch solche Tatbestandsverwirklichungen gerechnet werden könnten, welche einen den Ungehorsamsdelikten wesensgleichen personalen Handlungsunwert haben ?

Die Verwstrtheorie sucht nun diese unterschiedsaufhebende Konsequenz mit der Erwägung zu umgehen, daß in der Verwirklichung der subjektiven Merkmale des § 3 I Nr.2 WiStG 1954 die Verursachung eines echten Justizschadens zu sehen sei. Unhaltbar ist dies zweifellos in der Weise, wie es RAHN-GRIMSINSKI (5) formuliert haben; denn wie sollte auf rein subjektive Weise, nämlich "durch die bei der Tat bekundete Einstellung des Täters" ein objektiver Justizschaden herbeigeführt werden können ?"

Aber auch die Deutung dieser subjektiven Abgrenzungsmerkmale als s u b j e k t i v e T a t b e s t a n d s m e r k m a l e im allgemeinstrafrechtlichen Sinne, wie es Eb.SCHMIDT vorschlägt (6), hilft letztlich über die dogmatisch-konstruktiven Schwierigkeiten, die sich aus der Verneinung der Rechtsgutsqualität der Owi ergeben, nicht hinweg. Denn da ein Mischtatbestand sowohl Owi wie auch Straftat sein kann und eine sich etwa als Owi herausstellende Mischtatbestandsverwirklichung keine Rechtsgutsverletzung sein soll, so darf für die Verwstrtheorie, wenn sie sich selber treu bleiben will, der Mischtatbestand als solcher noch kein Rechtsgut enthalten. Damit würde also den als subjektiven Tatbestandselementen aufgefaßten subjektiven Abgrenzungskriterien des § 3 I Nr.2 WiStG die Aufgabe zufallen, eine sonst nicht vorhandene Rechtsgutsverletzung zu erbringen. Wie soll das möglich sein ? Wie soll eine Handlung, die bei geistiger Neutralität des Täters keine Rechtsgutsverletzung wäre, allein durch die sich im subjektiven Bereich des Täters ereignende qualifizierte Einstellung zur Rechtsgutsverletzung werden, oder warum

---

5) Wirtschaftsstrafgesetz 1949 S.12
6) SJZ 48,233; HAERTEL-JOEL-SCHMIDT S.29

soll eine Handlung allein durch die Tatsache der Wiederholung eine rechtsgutsverletzende Wirkung haben ? Damit wird der Begriff und die Funktion der subjektiven Unrechtselemente offensichtlich überfordert; denn bei aller Bedeutung, die den subjektiven Unrechtselementen heute für die Tatbestandsbildung und Unrechtsqualifizierung zukommt (7), geht ihre Kraft doch nicht soweit, ein sonst nicht vorhandenes Rechtsgut aus sich heraus zu erbringen oder eine sonst nicht rechtsgutsverletzende Handlung durch die wirtschaftsfeindliche Einstellung allein zur Rechtsgutsverletzung zu stempeln. In Wirklichkeit wird auch hier an die Stelle des Rechtsguts verkappt ein personaler Handlungsunwert gesetzt (8).

Damit aber ist man genau soweit wie am Anfang; denn wenn auch Straftaten durch personalen Unwert allein charakterisiert sein können, dann ist es unmöglich, das Wesen der Straftaten vornehmlich in ihrem Erfolgsunwert zu sehen und ihnen die handlungsunwertbestimmten Owi als wesensverschieden gegenüberzustellen.

II. Die Problematik der v e r s u c h t e n Ordnungswidrigkeit.

Es sei hier ganz abgesehen von der vordogmatischen Frage, wie versuchter Ungehorsam, der als solcher ein sittlich-personaler Akt ist und sich in der subjektiven Innenwelt des Täters ereignet, in der rechtlich faßbaren Außenwelt erkennbar und feststellbar sein soll; denn an anderer Stelle (9) ist noch in grundsätzlicher Weise auf diese ethische und rechtsstaatliche Problematik einzugehen. Hier sei nur untersucht, ob es der Verwstrtheorie möglich sein kann, ohne Anerkennung des Rechtsgutscharakters der Owi die d o g m a t i -

---

7) vgl.im einzelnen MAURACH AT S.183 ff; MEZGER AT S.85 ff; SAX, Grundrechte III 2 S.941 ff.
8) i.gl.S.schon SAX, Grundrechte III 2 S.921 Anm.38; vgl.auch die Bedenken von GALLAS, Sitzungsniederschrift I S.87 und JESCHEK JZ 59,46o
9) s.u. § 14 S.116 ff

s c h e n Probleme der versuchten Owi (1o) konsequent zu lösen.

1.) Für den Inhalt des beim Versuch gem. § 9 II OWG, § 43 StGB wesentlichen E n t s c h l u s s e s ergeben sich noch keine Schwierigkeiten. Denn der Entschluß, der nach allgemeiner Meinung inhaltlich dem Vorsatz entspricht (11), muß als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung (12) nicht notwendig auf die Verletzung des tatbestandlich geschützten Rechtsgutes gerichtet sein, sondern es genügt, daß er sich auf die zum Schutze des Rechtsguts tatbestandlich zusammengefaßten Tatumstände bezieht (13). Deshalb wird für den Entschluß, eine Owi zu begehen, die Frage eines etwa in Owi-Tatbestand geschützten Rechtsguts noch nicht akut.

2.) Dies wird anders bei Beurteilung der A u s f ü h r u n g s h a n d l u n g; denn sobald der Täter zur Verwirklichung seines Entschlusses tätig geworden ist, läßt sich die Frage, ob nur eine Vorbereitungs- oder schon eine Versuchshandlung i.S.d. § 43 StGB vorliegt, ohne Blick auf das im betreffenden Tatbestand geschützte Rechtsgut nicht mehr befriedigend lösen. Zwar ist auch hier der Tatbestand der Ausgangspunkt, nach dem sich grundsätzlich der Beginn der Ausführung bestimmt. Damit kommt man aber nur dann zum Ziel, wenn der Täter bereits einen erkennbaren Teil des Tatbestandes verwirklicht hat (14). In vielen Versuchsfällen jedoch kommt es gar nicht soweit; hier kann man dann nicht mehr nach den formellen Kriterien des Tatbestandsbildes, sondern nur nach dem materiellen Kriterium der "entfernteren

---

1o) Schon das WiStG 1949 kennt in § 22 III Halbs.2 die versuchte Owi. Nunmehr läßt § 9 OWG grundsätzlich die Verfolgung und Ahndung der versuchten Owi zu, beschränkt sie allerdings auf die gesetzlich ausdrücklich bestimmten Versuchsfälle.

11) insoweit auch Einigkeit zwischen den sog.finalen und kausalen Handlungslehren, vgl.einerseits MAURACH AT S.393, andererseits MEZGER AT 2o2; KOHLRAUSCH-LANGE § 43,II.

12) WELZEL, Strafrecht S.59

13) vgl.MAURACH AT S.2o5 ff; KOHLRAUSCH-LANGE § 59, III.

14) vgl.MAURACH AT S.395.

oder näher gerückten Rechtsgutsgefährdung" (15) entscheiden, ob noch Vorbereitung oder schon Versuch vorliegt (16).

Damit wird auch für dieses Versuchsproblem das Rechtsgut Kernpunkt der Lösung. Für die Owi stellt sich diese Problematik ebenso für die Straftat. Leugnet man aber den Rechtsgutscharakter der Owi, so muß man nach anderen Kriterien suchen. Für die verwstrtheoretische Owi-auffassung könnte da nur der Grad des Ungehorsams in Frage kommen. Aber hat denn reiner Ungehorsam als solcher überhaupt einen abgrenzbaren bzw.abstufbaren Inhalt ? Vom außenweltlichen Standpunkt aus gesehen - und nur dieser ist für die rechtliche Betrachtung der richtige, wenn sich der Staat nicht zum moralischen Sittenrichter aufwerfen will - ist der Ungehorsam erst dann faßbar, wenn er sich irgendwie objektiv realisiert hat. Hier drängt sich doch das Bedürfnis nach einem Schutzgut, auf welches der Ungehorsam in stufenweiser Verwirklichung hintendiert, geradezu auf. Deshalb kann es nicht überraschen, wenn ROTBERG bei Abgrenzung der Vorbereitungs- von der Versuchungshandlung einer Owi auf das Rechtsgut zurückgreift und darauf abstellt, ob "das durch die Norm geschützte Rechtsgut (!) bereits gefährdet" ist (17), und das, obwohl er zuvor (18) im Anschluß an die Verwstrtheorie den reinen Ungehorsam der Owi postuliert hatte (19).

---

15) so MAURACH AT S.396

16) so vieles in der Versuchslehre auch umstritten sein mag, so herrscht doch darin Übereinstimmung, daß die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch nach dem Grad der Gefährdung des betreffenden Rechtsguts zu lösen ist; vgl. grundsätzlich RG 59,386; ferner MEZGER AT S.2o5; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb.II 1 vor § 43. - Strittig wird es erst bei der Frage, ob der Grad der Rechtsgutsgefährdung nach objektiven, subjektiven oder subjektiv-objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, vgl.ausführlich MAURACH AT S.396 ff.

17) OWG S.67

18) OWG S.26

19) Auch ERBS-KOHLHAAS § 9,II 1 OWG verweisen in der gleichen Frage vorbehaltlos auf die Erläuterungen bei KOHLRAUSCH-LANGE, obwohl dort ausdrücklich die Rechtsgutsgefährdung zur Abgrenzung der Vorbereitungshandlung herangezogen wird.

III. Die konstruktiven Schwierigkeiten der verwstrtheoretischen Konzeption in der K o n k u r r e n z l e h r e .

Auch in der Konkurrenzlehre vermag die verwstrtheoretische Auffassung der Owi als reinen Ungehorsams nicht allseitig zu befriedigen. Schwierigkeiten zeigen sich hier vor allem bei der Abgrenzung von Ideal- und Gesetzeskonkurrenz und bei Begründung der fortgesetzten Owi.

1. Das OWG hatte zwei verschiedene Fälle von T a t e i n h e i t zu lösen: das tateinheitliche Zusammentreffen von Straftaten und Owi, und die Tateinheit mehrerer Owi. Für den ersten Fall hat es in § 4 bestimmt, daß nur das verletzte Strafgesetz anzuwenden sei, mit der Möglichkeit, daneben die Nebenfolgen der Owi anzuordnen. Bei der Tateinheit mehrerer Owi soll gem. § 15 OWG das Gesetz mit der höchsten Bußdrohung zum Zuge kommen.

Was nun den Charakter der tateinheitlichen Konkurrenz von Straftat und Owi anlangt, so könnte man diese vom Standpunkt der Verwstrtheorie sowohl als Ideal- wie auch als Gesetzeskonkurrenz deuten. Zugunsten der Auslegung der gesetzlichen Regel als Idealkonkurrenz spräche die behauptete Verschiedenheit von Owi und Straftat als reinen Ungehorsams einerseits, Rechtsgutsverletzung andererseits. Aber auch eine Gesetzeskonkurrenz ließe sich begründen; denn ebenso wie die Owi enthält auch die Straftat einen Ungehorsam gegen einen Gesetzesbefehl, und sogar gegen einen viel stärkeren und spezielleren. Müßte man da nicht das speziellere Unrecht der Straftat dem allgemeineren Ungehorsam der Owi kraft Spezialität vorgehen lassen, mit der Konsequenz, daß das tateinheitliche Verhältnis von Straftat und Owi immer nur das einer Gesetzeskonkurrenz sein könnte ? (2o). Diese Feststellungen mögen letztlich absurd sein; aber spricht es nicht gegen die verwstrtheoretische Konzeption, daß sie überhaupt möglich sind ?

2o) Diese Tendenz weiterführend müßte die Owi als eigenständige Deliktsart schließlich völlig illusorisch werden.

2. Ähnliche Merkwürdigkeiten ergeben sich bei der T a t - e i n h e i t m e h r e r e r O w i . Im Ergebnis richtig wird die Regel des § 15 OWG (Ahndung nach dem Gesetz mit der höchsten Bußdrohung) allgemein (21) als Fall der Idealkonkurrenz angesehen. Aber auch das ist vom Standpunkt der Verwstrtheorie aus nicht ganz selbstverständlich. Bei aller Problematik besteht doch insoweit Einigkeit, daß Idealkonkurrenz nur dort gegeben ist, wo durch die eine Handlung mehrere Tatbestände mit verschiedenartigem Unrechtsgehalt verwirktlicht sind (22), wo also, mit den Worten MAURACHs (23), "je nach dem vom betreffenden Tatbestand umschlossenen Rechtsgut (!)" verschiedene Delikte vorliegen. Wo aber soll bei Verzicht auf den Rechtsgutscharakter der Owi eine Unterschiedlichkeit der Unrechtsgehalte herkommen ? Aus dem formellen und deshalb gleichförmigen Ungehorsam wohl ebensowenig wie aus dem einheitlichen und strukturlosen Verwaltungsschaden. Die einzig richtige, wenn auch absurde Folgerung aus dieser Gleichheit der Unrechtsgehalte wäre die, in allen Fällen tateinheitlichen Zusammentreffens mehrerer Owi Gesetzeskonkurrenz anzunehmen, und zwar zugunsten des höchstbedrohten Tatbestandes.

3. Ein nicht weniger bezeichnendes Dilemma besteht für die Verwstrtheorie bei Begründung der f o r t g e s e t z - t e n Owi. Was den Fortsetzungszusammenhang bei mehreren Straftaten betrifft, ist man sich einig, daß die Gleichheit des verletzten Tatbestandes nicht das einzig maßgebliche Kriterium für Annahme des Fortsetzungszusammenhanges sein kann, sondern daß neben anderem auch die Gleichartigkeit des verletzten Rechtsguts mitbestimmend ist (24).

Bei den Owi entfällt dieses Kriterium, wenn man mit der Verwstrtheorie deren Rechtsgutscharakter verneint. Statt-

---

21) vgl.ROTBERG S.85; ERBS-KOHLHAAS § 15, I 1 OWG; KISCHA S.14o.
22) vgl.WELZEL, Strafrecht S.194; MEZGER AT S.24o
23) AT S.594
24) vgl.MAURACH AT S.585; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb.II 1 a vor § 73; RG 72,175.

dessen den reinen Ungehorsam einzusetzen, hat wenig Sinn. Denn da ergäbe sich angesichts der inhaltlichen Gleichförmigkeit des Ungehorsams die unvermeidliche Folge, daß bei Gleichartigkeit der Einzelakte und bei Fortsetzungsvorsatz immer schon auch eine Fortsetzungstat anzunehmen wäre. Das würde ins Uferlose führen. Hier eine Grenze zu finden, dürfte schwierig sein, Denn auch die Abgrenzung der Einzelakte nach dem Unwert des jeweiligen Verwaltungsschadens dürfte bei der Unfaßbarkeit und Verschwommenheit dieses Begriffs kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen.

Ebensowenig wird man mit dem Vorschlag von ROTBERG (25), der objektiv auf "Einzelhandlungen von einer gewissen tatsächlichen und rechtlichen Gleichartigkeit" abstellt, etwas anfangen können, da wegen der Gleichförmigkeit des reinen Ungehorsams die rechtliche Gleichartigkeit immer zu bejahen wäre.

All diese Schwierigkeiten würden entfallen, wenn man dem Rechtsgut wieder seinen sachgemäßen Platz in der Owi zuerkennen würde.

§ 11. Der Rechtsgutscharakter der in der Owi geschützten Interessen.

I. Vorbemerkung.

Im vorherigen Abschnitt sollten lediglich die bedenklichen Konsequenzen aufgezeigt werden, die sich für die verwstrtheoretische Owi-auffassung bei Durchführung ihrer Konzeption ergeben. Es muß jedoch weiter gefragt werden, ob die Erklärung der Owi als reinen Ungehorsams überhaupt richtig ist, ob die Owi nicht vielmehr auch eine Rechtsgutsverletzung enthält, die sich von derjenigen der Straftat nicht wesentlich unterscheiden läßt. Gelingt dieser Nachweis, so kann zumindest aus dem Rechtsgutsgehalt von

---

25) OWG S.86

Straftaten und Owi kein qualitativer Unterschied zwischen beiden hergeleitet werden. Es könnte dann nur noch ein quantitativer Unterschied, gemessen am jeweiligen Grad des Wertgehalts oder der sozialen Tragweite, angenommen werden.

Zur Klärung dieses Sachverhaltes sind vornehmlich drei Fragen e n t s c h e i d e n d : Zunächst muß bei den Owi überhaupt ein über den formellen Gesetzesbefehl hinausgehendes materielles Interesse nachgewiesen sein (II). Ein solches Interesse muß sich weiter als Rechtsgut im allgemeinstrafrechtlichen Sinne verstehen lassen (III). Ferner ist zu fragen, ob ein solches Rechtsgut bei den Owi nur Gesetzesmotiv sein kann oder Gesetzesinhalt ist wie bei den Straftaten auch (IV).

Grundsätzliche V o r a u s s e t z u n g der Untersuchung über den Rechtsgutscharakter der Owi ist allerdings, daß der R e c h t s g u t s b e g r i f f überhaupt als Kernbegriff für eine Abgrenzung zwischen Straftaten und Owi t a u g l i c h ist. Dies wurde in der Literatur wiederholt bestritten. Soweit solche Angriffe vom Standpunkt der personalen Unrechtsauffassung erhoben werden (1), setzen sie an der falschen Stelle an; denn wenn man den personalen Handlungsunwert als das Wesen des Unrechts überhaupt ansieht, dann muß der Rechtsgutsbegriff schon deshalb als ein ganz nebensächlicher Abgrenzungsbegriff erscheinen. Aber auch die Angriffe von TROPS (2), gehen letztlich am Kern der Sache vorbei, da TROPS von einem falschen Rechtsgutsbegriff ausgeht. Er versteht nämlich das Rechtsgut lediglich formell im Sinne einer formellen Rechtsordnungswidrigkeit und spricht ihm demgemäß jeglichen materiellen Gehalt ab (3). In diesem Sinne kommt zweifellos schon begrifflich jedem

---

1) so neuerdings vor allem SOMMER S.15,72 ff.
2) Vgl. TROPS S.52 ff.
3) Zu Unrecht beruft sich TROPS dabei auf die Rechtsgutsdefinitionen BINDINGs und v.LISZTs; denn mögen diese auch an manchen Stellen eine formelle Rechtsgutsauffassung nahelegen, so wird doch an den entscheidenden Stellen der materielle Gehalt des Rechtsguts deutlich; vgl. BINDING, Normen I S.357, Normen II 1 S.231 Anm.8 (dazu auch KAUFMANN, Bindings Normenlehre S.22 f); auch in v.LISZTs "rechtlich-geschützten Interessen", Lehrbuch 14/15.Aufl.S.65 f.

Delikt, sei es Kriminal- oder Verwaltungsdelikt, ein Rechtsgut zu. Aber wie schon Erik WOLF (4) zutreffend betont hat, ist hier nur der rechtsphilosophische Rechtsgutsbegriff zugrunde zu legen, als welcher er durchaus materiellen Gehalt besitzt. Und nur in dieser materiellen Hinsicht ist zu prüfen, ob den Owi ein wesensmäßig gleicher Rechtsgutsgehalt zukommt wie den Straftaten.

II. Der m a t e r i e l l e Gehalt der Ordnungswidrigkeiten.

Schon allein um die Owi vor dem Vorwurf der Unsinnigkeit und Zwecklosigkeit zu bewahren, müssen sowohl die Vertreter des Formaldelikts wie auch die Verwstrtheoretiker zugeben, daß die Owi nicht ohne jeden Zweckbezug geschaffen werden; denn sonst forderten sie Gehorsam um des Gehorsams willen und das wäre selbst ein Übel (5).

So ist etwa für BINDING keineswegs ein etwaiger Gehorsamsanspruch des Staates Grund für den Erlaß formeller Ungehorsamsdelikte, sondern entweder die konkrete Rechtsgutsgefährdung eines gattungsfähigen Einzelfalles oder die Unzuträglichkeiten mancher Handlungsarten (6). Auch GOLDSCHMIDT kennt im Wohlfahrtszweck in der Förderung des öffentlichen Wohles einen über die reine Botmäßigkeit hinausgehenden Sinn des Verwaltungsdelikts (7). Noch stärker tritt bei Erik WOLF das materielle Element der Verwaltungsdelikte hervor (8). Ebenso anerkennt Eb.SCHMIDT bei den Owi einen spezifischen Verwaltungsschaden (9) und auch für LANGE (1o) ist das Rechtsgut zumindest Gesetzesmotiv jeder Tatbestandsbildung (11).

4) Frank-Festausgabe II S.523
5) so prägnant BRINZ (zit.nach BINDING, Normen I S.398): "Die Gesetzesübertretung ist wohl an sich ein Übel, aber das Gesetz, aus dessen Übertretung kein anderes Übel erwüchse als das der Übertretung, wäre selbst ein Übel".
6) BINDING, Normen I S.398 f; dagegen läßt sich seine noch klarere Feststellung (S.365), in der Schale des Ungehorsams berge sich eine Gutsverletzung als Kern, hier nicht verwerten, da sie sich wohl nur auf die Verletzungsdelikte beziehen soll.
7) vgl.Verwaltungsstrafrecht S.545 ff, auch o.S.5o ff.
8) vgl.im einzelnen S.58 ff, 63
9) SJZ 48,231; ferner NdWistr.S.28, wonach "jeder Ungehorsam zunächst von der Verwaltungsbehörde als Störung ihrer verwaltenden Tätigkeit empfunden" werde.
1o) JZ 56,523 Anm.29, JZ 57, 238.

Trotzdem soll sich das Verwaltungsdelikt bzw.die Owi in einem reinen Ungehorsam erschöpfen; es wird nur der Ungehorsam gegen den Gesetzes- oder besser: Verwaltungsbefehl als maßgeblich angesehen und der materielle Gehalt völlig unterschlagen.

Diese Schlußfolgerung muß einigermaßen überraschen. Dem vermeintlich rechtsstaatlichen Z i e l und A n l i e g e n nach, das meist dahintersteht, scheint sie zunächst verständlich zu sein (12); doch ist sie letztlich weder

---

11) Daß Gehorsam um des Gehorsams willen niemals ausreichender Grund für den Erlaß von Strafnormen sein kann, zeigt sich sogar in einem Deliktsbereich, bei dem die Gehorsamspflicht noch stärker im Vordergrund steht, nämlich bei den Militärstraftaten. BETTIOL, Padua, hat in einem nichtveröffentlichten Vortrag in Würzburg (SS 1959) ganz ausdrücklich den Rechtsgutsgehalt dieser Straftaten hervorgehoben. Die Richtigkeit dieser These läßt sich gerade an den ausgesprochenen "Ungehorsamsdelikten" des geltenden Wehrstrafgesetzes vom 3o.3.1957 (BGBl.I S.298) nachweisen: so genügt zum Ungehorsam des § 19 WStG nicht einfach das Nichtbefolgen eines Befehles, sondern es muß dadurch eine "schwerwiegende Folge" herbeigeführt worden sein, was nach ARNDT, Wehrstrafrecht S.159, als "Beeinträchtigung eines Rechtsgutes" zu verstehen ist. Selbst bei dem noch stärker auf Ungehorsam abzielenden Delikt der Gehorsamsverweigerung (§ 2o WStG) liegt ein Rechtsgut, nämlich die Schlagkraft der Truppe, zugrunde, vgl.ARNDT aaO. S.166.

12) Für BINDING beispielsweise ist es unerträglich, daß bei Handlungen, bei denen eine Rechtsgutsverletzung nicht eindeutig nachweisbar ist, dem Täter der Vorwurf einer solchen gemacht wird; dem könne man nur dadurch begegnen, daß man in den Delikten dieser Art eben nur den Ungehorsam der Gesetzesübertretung beachtet, vgl.Normen I S.4o8. - Ähnlich scheint sich Rich.LANGE (JZ 57,238) daran zu stoßen, daß einem Verkehrssünder, der bei völlig menschenleerer Straße die rote Ampel überfährt, der Vorwurf einer Rechtsgutsverletzung gemacht wird. - Zweifellos liegt in diesem konkreten Fall keine spezielle Rechtsgutsverletzung vor, sieht man von der Erschütterung der Verkehrsdisziplin ab; aber schließlich ist das der anomale Fall; im Normalfall dagegen werden bei verkehrswidrigem Fahren ganz beträchtliche Rechtsgüter verletzt oder gefährdet. Und um derentwillen ist doch das Verbot ergangen. Man möchte es fast als verschwenderische Systemzerstörung bezeichnen, wenn man um seltener Ausnahmefälle willen, die erstens gar nicht Zweck des Verbotserlasses waren und denen man zudem durch eine Nichtverfolgungsklausel i.S.v.§ 153 StPO ihren Ärgernis erregenden Zündstoff nehmen könnte, den gesamten Strafrechtsaufbau zerreißen wollte.

rechtsstaatlich konsequent (12a) noch logisch-dogmatisch begründbar. Denn gerade das Hauptargument hierfür, die Behauptung der Verwstrtheorie, daß die in den Owi verletzten Interessen und Zwecke keine Rechtsgüter seien, vermag einer genauen Nachprüfung nicht standzuhalten, Denn so wie der Rechtsgutsbegriff heute verstanden werden muß, können und müssen auch die sog.Zwecke der Owi als Rechtsgüter im allgemeinstrafrechtlichen Sinne angesehen werden. Dies ist im folgenden noch näher darzutun.

II. Die materiellen Interessen der Owi als Rechtsgüter.

1. Das Rechtsgut.

a) Schon aus dem Wortstamm erhellt, daß das Rechtsgut zunächst einmal ein Gut d.h.etwas Wertvolles sein muß (13) und zwar wertvoll für ein Individuum oder eine Gemeinschaft (14). Damit wird der Rechtsgutsbegriff geöffnet für eine unübersehbare Vielfalt von Gütern. Es kommen nicht nur subjektive Rechte in Betracht, wie noch FEUERBACH, KLEINSCHROD und LOENING geglaubt hatten (15), sondern " jedwede Dinge. Zustände, Beziehungen oder sonstigen Umstände, die für Person oder Menschengruppe materiellen oder ideellen

---

12a) denn wenn schon eine Tat keine Rechtsgutsverletzung enthält, sondern lediglich reiner Ungehorsam ist, dann wird man rechtsstaatlichen Forderungen nicht dadurch gerecht, daß man ihn nicht mit Strafe, sondern eben nur mit Geldbuße ahndet. Rechtsstaatlich konsequent ist hier nur jene Lösung, die in Fällen wirklich reinen Ungehorsams auf jegliche staatliche Reaktion verzichtet. Zur rechtsstaatlichen Unerträglichkeit der Ahndung reinen Ungehorsams vgl.vor allem SAX, Grundrechte III 2 S.921 f u.unten S.12o ff.

13) vgl.M.E.MAYER, Rechtsnormen S.65

14) Auch bei den sog.subjektlosen Rechtsgütern GOLDSCHMIDTs (vgl.Verwaltungsstrafrecht S.531,544) wie etwa Sittlichkeit oder Religion, liegt in Wirklichkeit eine Person oder Personengesamtheit als Bezugssubjekt vor. Und eines solchen Subjektes bedarf es auch; denn ein Ding oder Zustand wird überhaupt dann erst zum Gut, wenn es für eine Person oder Personenmehrheit wertvoll ist; vgl.Bruno BAUCH, Die Idee S.165 ff zur Abhängigkeit der Güter von Subjekten; in staatsrechtlicher Hinsicht DÜRIG AÖR 81,128, wonach subjektlose Rechte ohne personales Substrat als Verstoß gegen die Menschenwürde anzusehen seien.

15) vgl.BINDING, Normen I S.327 ff, MAURACH AT S.168 f.

Wert haben können" (16), also nicht nur greifbare Gegenstände und Sachverhalte, sondern auch ideell-geistige Objekte. Um sich hier nicht ins Uferlose zu verlieren, wird es freilich unabdingbar sein, daß das zu schützende Gut bestimmbar ist (17). Das mag in einzelnen Fällen schwierig sein; aber sogar in den lange umstrittenen Sittlichkeitsdelikten (19) haben sich bereits bestimmbare Güter auffinden lassen (2o).

b) Doch die Gutsqualität eines Gegenstandes oder Verhältnisses allein genügt nicht, um es zum Rechtsgut zu machen. Es muß darüber hinaus von der betreffenden Rechtsgemeinschaft bzw.ihren maßgebenden Schichten in seiner Werthaftigkeit erkannt und als schutzwürdig anerkannt werden. Dadurch wird das Gut zum S o z i a l g u t (21).

c) Der weitere Schritt zum Rechtsgut erfolgt dadurch, daß der Gesetzgeber aus dem vielfältigen und fast unübersehbaren Bereich der gesellschaftlich anerkannten Güter (=S o z i a l g ü t e r) jene herausgreift, die der betreffenden Rechtsgemeinschaft als besonders schutzwürdig und schutzbedürftig erscheinen, und sie durch ein rechtliches Verletzungsverbot in den Schutz der Rechtsordnung stellt. Somit ist das R e c h t s g u t, mit M.E.MAYER (22) "ein nach der Ansicht der Rechtsordnung wertvolles Etwas".

2. Der G u t s c h a r a k t e r der Owi-Interessen.

Hier zunächst einmal die Fragen zurückstellend, welche Bedeutung es für die Rechtsnatur der Owi-Interessen und Zwecke hat, daß diese auf den Bereich der Verwaltung beschränkt (Eb.SCHMIDT) oder nur Gesetzesmotiv sein sollen (Rich.LANGE),

---

16) so SCHWANDER, schweiz.StGB S.62; i.gl.S.WELZEL, Strafrecht S.4 f.
17) Diese Bestimmbarkeit ist nicht zu verwechseln mit der von der Verwstrtheorie geforderten Greifbarkeit und Meßbarkeit des Rechtsgutschadens, vgl. u. S.91 f.
19) vgl.schon FEUERBACH, Kritik S.16/18; GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht S.531 mit Anm.7, TROPS S.57; neuerdings leugnet SOMMER S.15 Anm.1 in diesen "Aktverbrechen" das Vorliegen eines Rechtsgutes.
2o) MAURACH AT S.172
21) Inwieweit mit dieser Erhebung eines Gutes zum Sozialgut das Entstehen einer sozialethischen Schutznorm Hand in Hand geht, ist an anderer Stelle zu untersuchen, s.u. S.166 ff.
22) Rechtsnormen S.69

muß zumindest bezüglich des s u b s t a n t i e l l e n G e h a l t s dieser Interessen festgestellt werden, daß sie sich ohne weiteres in den oben bezeichneten Begriff des Rechtsguts unterbringen lassen.

a) Soweit es sich dabei um Güter und Interessen handelt, die sich nicht in einem realen oder rechtlichen Beziehungsverhältnis darstellen, sondern in einer einheitlichen, eng abgrenzbaren Sache erfaßt sind, ist es nicht schwierig, sie ihrer Substanz nach als Rechtsgüter zu erkennen. Denn nicht nur aus dem schon geradezu klassischen Paradebeispiel des Raupens (§ 368 Nr.2 StGB) läßt sich in der Obsternte der Nachbarn ein Rechtsgut eruieren (23); auch wer baupolizeiliche Vorschriften übertritt, weist sich damit nicht bloß als Ungehorsam gegenüber einem lästigen Befehl der Verwaltung aus, sondern beeinträchtigt darüberhinaus die Baufestigkeit des Hauses, stört etwa auch die Sicherheit und Flüssigkeit des Straßenverkehrs oder gefährdet sogar Leib und Leben der Passanten. Ebenso verletzt der Verkehrssünder nicht nur eine rein technische, wertneutrale Ordnungsformel, sondern greift störend in den Ablauf des heute so lebenswichtigen Verkehrs ein.

b) Was für die vorherbezeichneten "simplen" Rechtsgüter gilt, das läßt sich auch für den engen Bereich der eigentlichen Verwaltungs- und Wirtschaftsdelikte, dem Kernbereich der verwstrtheoretischen Argumentation nachweisen; denn auch die hier geschützten Interessen und Zwecke sind ihrem materialen Substanz nach Rechtsgüter.

Freilich handelt es sich bei W i r t s c h a f t und V e r w a l t u n g nicht mehr um einfache, simple Güter, die sich als abgegrenzte oder geradezu greifbare Sachverhalte in der Beziehung zu einem bestimmten Individuum erschöpfen könnten, sondern sie sind vielfach strukturierte Beziehungsverhältnisse, eine funktionale Integration von Einzelaktivitäten. Bei der Wirtschaft als Rechtsgut geht es deshalb heute nicht mehr um die wirtschaftlichen Interessen eines Individuums an Schutz und Erweiterung seines Vermögens, wie es

---

23) vgl.H.MAYER S.73 gegen Erik WOLF, weiter WELZEL JZ 56, 24o, mit weiteren Beispielen.

noch GRÜNHUT (24) verstanden hatte, sondern um die "Gesamtwirtschaft eines Staates" als eines "lebendigen Organismus", wie es erstmals LINDEMANN (25) entwickelt hat. Hebt man bei diesen noch mehr statisch-funktionalen Zusammenhängen der volkswirtschaftlichen Einzelwirtschaften das mehr dynamisch-funktionale Zusammenwirken der in diesen Wirtschaftsgliedern tätigen Einzelaktivitäten hervor, so erhält man als Rechtsgut die Wirtschaftsordnung als eine Integration von funktional zusammenwirkenden Wirtschaftssach- und Personalwerten (26).

Ähnliches wäre über die Verwaltung auszusagen. Auch sie ist heute ein engverquicktes und aufeinander abgestimmtes Funktionsgefüge verschiedenster Einzelinstitutionen und Behörden. So hat auch JESCHEK (27) die "geordnete Verwaltungstätigkeit" als Rechtsgut bezeichnet.

3. Die Problematik der sog. V e r w a l t u n g s - i n t e r e s s e n .

Auch die Verwstrtheorie erkennt grundsätzlich an, daß Wirtschaftsordnung und Verwaltung als Rechtsgüter in Betracht kommen können; denn das Charakteristikum etwa der Wirtschafts-Straftaten soll es ja gerade sein, daß sie im Gegensatz zu den Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten die Wirtschaftsordnung als Rechtsgut verletzen. Aber sie glaubt offenbar, daß dieses Rechtsgut nur dann verletzt werde, wenn der Angriff von einer b e s o n d e r e n I n t e n s i t ä t sei, wenn er, wie Eb.SCHMIDT es ausgedrückt hat (28), einen "greifbaren und meß-

---

24) in RG-Festschrift V S.116 ff
25) LINDEMANN, Gibt es ein eigenes Wi-strafrecht ? S.1 ff; mit Recht bemerkt er S.13, daß nahezu jedes Delikt ein Wirtschaftsdelikt wäre, wollte man die Abgrenzung auf die Gefährdung jeglicher wirtschaftlicher Interessen abstellen. Für ihn ergibt sich deshalb als Rechtsgut des Widelikts entweder die Gesamtwirtschaft selbst oder funktionell wichtige Zweige und Einrichtungen der Gesamtwirtschaft (aaO. S.19).
Zu den weiteren Vorarbeiten von ALSBERG, ADLER und HEDEMANN vgl.SOMMER S.8 ff.
26) BÖHM, Recht und Staat 153/154, S.12 f, ferner SAX, Grundrechte III 2 S.929 Anm.62.
27) JZ 59,461; vgl.auch H.MAYER S.73
28) SJZ 48,23o; NdWistr. S.26

baren Schaden" hervorrufe (29).

Diesem Gedankengang liegt die zutreffende Beobachtung zugrunde, daß sich die Wirtschaftsordnung gerade wegen ihrer funktionalen Strukturiertheit in vielfältigster Weise verletzen läßt und, was besonders wesentlich ist, daß der Grad der Schädigung dabei sehr groß, aber auch sehr geringfügig sein kann. Diese Tatsache nimmt die Verwstrtheorie zum Anlaß, nur die schwerwiegenden Schädigungen, wo also das Wirtschaftsgefüge selbst angetastet werde, als Rechtsgutsverletzungen zu erklären, während die leichteren nur die Verletzung von Verwaltungsinteressen sein sollen. Läuft schon die Begründung hierfür auf eine machtstaatliche Selbstherrlichkeit hinaus - denn warum sollen die Interessen der Owi in erster Linie "spezifische Verwaltungsinteressen" des Staates sein und erst in fernerer Linie den Gemeinschaftsgliedern als "Reflexwirkungen" zugute kommen (3o) ? - so verrät auch die übrige Argumentation eine R e c h t s g u t s a u f f a s s u n g, die auf Grund der jüngsten Entwicklung des Rechtsgutsbegriffes einer kritischen Beleuchtung bedarf.

a) Was den Gedanken eines " g r e i f b a r e n " oder " b e z i f f e r b a r e n " Rechtsguts s c h a d e n s, den die Verwstrtheorie immer wieder als Merkmal der Straftat hervorhebt, anlangt, so wird damit das Rechtsgut zu materialistisch gesehen und zu sehr in die Nähe des Tatobjektes gedrängt; denn nur beim Tatobjekt, dem Gegenstand oder Sachverhalt, an dem sich der reale Taterfolg körperlich manifestiert (31), kann man von einer eigentlichen Meßbarkeit oder Greifbarkeit des Schadens sprechen, während bei den Rechtsgütern, insbesondere soweit es sich um Rechte oder ideelle Güter handelt, die Verletzung oder Gefährdung meist nur als Schaden erkennbar und bewertbar, aber nicht in der Höhe bemeß- oder bezifferbar ist. Nach dem Kriterium der Greifbarkeit des Schadens eine Abgrenzung vorzunehmen, wäre daher nur

---

29) ähnlich soll nach E.WOLF, Frank-Festgabe II S.567 der Verwaltungsschaden nicht "bezifferbar und bemeßbar" sein.
3o) so Eb.SCHMIDT, NdWistr. S.18 f.
31) vgl.MEZGER AT S.1o4; MAURACH AT S.171

möglich mit einem Rechtsgutsbegriff, der eng an die Vorstellung eines "naturalistisch gedeuteten Verbrechenserfolges" gebunden wäre, eine Rechtsgutsauffassung, vor der neuerdings Th.WÜRTENBERGER (32) nachdrücklich gewarnt hat.

b) In der Unrechtsauffassung der Verwstrtheorie kommt jedoch noch eine andere Tendenz zum Ausdruck, die der vorherbezeichneten gerade entgegengesetzt scheint; es ist dies die Vorstellung, den Rechtsgutsbegriff den g r u n d l e g e n d e n materiellen L e b e n s i n t e r e s s e n eines Individuums oder des Staates vorbehalten zu müssen (33). Die Folge ist, daß dadurch der Rechtsgutsbegriff verengt, abstrahiert und nahezu den richtunggebenden Rechtsgrundsätzen gleichgesetzt wird. Auch dieser Tendenz liegt wohl ein grundsätzliches Mißverständnis zugrunde; es ist die irrtümliche Gleichsetzung der R e c h t s g ü t e r o r d n u n g mit der o b e r s t e n Wertordnung der betreffenden Rechtsgemeinschaft.

Von der Notwendigkeit, zwischen diesen beiden Wertordnungen zu unterscheiden, hat die Strafrechtsliteratur bislang erstaunlich wenig Notiz genommen. Jüngst hat nun SAX (34) diese Frage im Hinblick auf die "objektiven Werte" des Grundgesetzes, die für unsere Rechtsgemeinschaft die oberste verbindliche Wertordnung bilden (35), untersucht und ist dabei zu Ergebnissen gekommen, die gerade für die Einstufung der strittigen Owi-Interessen und Zwecke bedeutsam sind.

Bei aller inneren Bezogenheit, die zwischen der Rechtsgüterordnung und der grundgesetzlichen Wertordnung besteht, sieht SAX den grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden in ihren v e r s c h i e d e n e n "W i r k e b e n e n". Die grundgesetzlichen Wertentscheidungen bilden als "Rechtsgrundsätze" den "abstrakten Rahmen ... für alle staatlichrechtliche Aktivität". Der Tatsache entsprechend, daß "alles

---

32) Die geistige Situation S.68
33) vgl.Eb.SCHMIDT NdWistr. S.2o,27
34) SAX, Grundrechte III 2 S.911 ff
35) vgl. BVerfG 7,198 ff

menschliche Handeln bestimmte bedürfnisbedingte unmittelbare Nahziele" hat, kann die grundgesetzliche Wertordnung nun nicht selbst Objekt der Verletzungshandlung sein, sondern sie konkretisiert sich in Nahzielen, den strafrechtlichen Rechtsgütern, die selbst nicht mehr letzte Grundwerte sind, sondern in einer "gleichsam w e r t m e d i a t i s i e r e n d e n A b s c h i c h t u n g" nurmehr Mittel- und Unterwerte der grundgesetzlichen Oberwerte.

Durch diese Abstimmung des Funktionsranges sind klare Verhältnisse geschaffen, vor allem besteht kein Bedürfnis mehr danach, die Rechtsgüter verallgemeinernd nach oben zu steigern, um dadurch die Vielfalt menschlicher Wertziele in Richtwerten zusammenzuhalten; denn nun ist die grundgesetzliche Wertordnung das allumfassende System von Richtwerten, die sich je nach Art und Umfang der menschlichen Verletzungsweisen und Verletzungsziele in den w e r t v e r m i t t e l n d e n R e c h t s g ü t e r n spezialisieren und konkretisieren (36).

c) Damit entfällt nun auch die von der Verwstrtheorie behauptete Notwendigkeit, den Rechtsgutsbegriff auf die Verletzung der unmittelbaren sozialen Lebensinteressen zu beschränken. Rechtsgut ist vielmehr jedes Gut, das im Stande ist, den entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundwert nach irgend einer Richtung hin zu tragen und zu verkörpern. Je differenzierungsfähiger der Grundwert ist, desto vielfältiger werden auch die Mittelwerte sein, durch welche der Schutz des Grundwertes zu gewährleisten ist.

---

36) Manche Rechtsgüter decken sich allerdings mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten; doch kommen hier nur solche in Betracht, die zum "Kernbereich vorgegebener sozialethischer Grundwerte" (LANGE JZ 56,79) gehören, wie etwa Leben, Freiheit, körperliche Unversehrtheit; vgl.SAX aaO. S.913.
Weiterhin bleibt jedoch zu beachten, daß schon die grundgesetzliche Wertordnung selbst kein statisches Nebeneinander von Einzelwerten ist, sondern eine gegenseitige, dynamisch-teleologische Bezogenheit. So spezialisiert sich etwa der allgemeine Wert der Freiheit in verschiedene Einzelfreiheitswerte der Entfaltungsfreiheit, Gewissensfreiheit, Vereinsfreiheit, Freizügigkeit; vgl. MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Art.2 Abs.1 Rdnr. 6 ff.

Das gilt in besonderem Maße von der W i r t s c h a f t s - o r d n u n g (37). Gerade sie ist wegen der funktionalen Verzweigtheit ihres Gefüges notwendig in vielen Mittelwerten konkretisiert und dementsprechend verletzbar. Es besteht kein einleuchtender Grund, hier von einem bestimmten Punkt der Abschichtung ab zu sagen, daß es sich nun um keine Rechtsgüter mehr handele, sondern allein der Gehorsamsanspruch der Verwaltung und ihre ureigensten Verwaltungsinteressen die eigentlichen Verletzungsobjekte seien; denn auch sog.Sonderinteressen der Verwaltung können nur dann eine Berechtigung haben, wenn sie sich zum Nutzen der Allgemeinheit auswirken wollen. Deshalb macht es keinen wesensmäßigen Unterschied, ob das Schutzobjekt eines Verbots oder Gebots dem Grundwert näher oder ferner steht. Solange es sich bei einem Owi-tatbestand um eine wertmediatisierende Konkretisierung des tragenden Grundwertes handelt, ist durch die Tatbestandsverwirklichung nicht nur der tatbestandsbegründende Gesetzesbefehl, sondern auch das tatbestandlich formulierte, den Grundwert mediatisierende Rechtsgut verletzt. Insoweit unterscheiden sich deshalb die Rechtsgüter der Owi in nichts von denen der Straftaten, es sei denn in ihrer noch weiter fortgeschrittenen Spezialisierung und Wertferne. Aber das ist kein wesensmäßiger, sondern nur ein größenmäßiger Unterschied zwischen beiden.

IV. Das Rechtsgut der Owi nur G e s e t z e s m o t i v ?

Es bleibt noch der Einwand von Rich.LANGE. Er erkennt zwar an, daß auch die Owi nicht ohne Rechtsgutsbezug sein

---

37) Die moderne Wirtschaft und Wirtschaftsordnung ist ein Grundwert jeder Verfassungsordnung; denn ohne sie kann der moderne Staat gar nicht mehr bestehen und wirken; deshalb erscheint es gar nicht notwendig, hier die positive Entscheidung des Grundgesetzes für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung nachzuweisen (so NIPPERDEY, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, zugunsten der sozialen Marktwirtschaft); wie aber E.R.HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S.3o bemerkt, enthält das GG eine Fülle von Einzelbestimmungen, "die in ihrem Zusammenhang die Grundzüge einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Systems erkennen lassen".

können, wenn sie mehr sein sollen als Gehorsamsbezeugungen vor dem selbstherrlichen Staat; aber er glaubt einen qualitativen Unterschied zwischen Straftaten und Owi darin sehen zu können, daß bei den "Formalvorschriften" des Owi-Rechts die Rechtsgutsverletzung nicht Gesetzesinhalt, sondern nur Gesetzesmotiv sei (38). Hiergegen hat bereits SAX (39) das Entscheidende gesagt: LANGE setzt in einer zu engen Rechtsgutsauffassung Rechtsgut und sozialethischen Grundwert gleich und übersieht dadurch, daß wohl der Grundwert Gesetzesmotiv sein kann, die Rechtsgutsverletzung aber in jedem Falle Inhalt des Tatbestandes sein muß, sei es eines Straf- oder Owi-tatbestandes.

Gerade an der Meinung von LANGE, die ähnlich auch von FRANK geäußert worden war (4o), zeigen sich die Gefahren des "Abstraktionsprozesses", auf den schon Erik WOLF (41) warnend hingewiesen hat. In der spiritualistischen Sicht, in der LANGE den Rechtsgutsbegriff sieht (42), muß das Rechtsgut notwendig immer mehr in allgemeinen Leitwerten der Tatbestandsbildung aufgehen. Die zwangsläufige Folge dieser Annäherung des Rechtsgutes an die verfassungsrechtlichen Grundwerte ist, daß das Rechtsgut dann tatsächlich zu groß und gehaltvoll erscheint, um für die weniger unwertigen Owi-tatbestände überhaupt aufnehmbar zu sein. Dann freilich muß man den Hohlraum im Unwertgehalt der Owi mit Gesetzwidrigkeits- und Ungehorsamsgehalt ausfüllen.

Angesichts der Verdünnung und Verwässerung, welcher damit auch der Unrechtsbegriff ausgesetzt ist, kann man den realen Bezug und Gehalt der Rechtsgüter gar nicht entschieden genug betonen. Deshalb dürfen die Rechtsgüter nicht nur als bloße Konkretisierungen oder Spezialisierungen des verfassungs-

---

38) JZ 56,523 Anm.29; JZ 57,238
39) Grundrechte III 2 S.922 Anm.43
4o) vgl.IKV 7,19o
41) Frank-Festgabe II S.537 f.
42) für LANGE ist Rechtsgut "nicht materialistisch" das Leben, die Freiheit, das Vermögen (in diesem Sinne etwa MAURACH AT 171, MEZGER AT S.1o4), sondern "die Unverletzlichkeit" von Leben, Freiheit, Vermögen usw. Anscheinend soll die Rechtsgutsverletzung auch mit der Sozialschädlichkeit nichts gemein haben; KOHLRAUSCH-LANGE S.13.

rechtlichen Grundwertes aufgefaßt werden - denn in dieser Gestalt haftet ihnen noch zu sehr der Schein des ideellen Wertes und des nur Regulativen an -, sondern die Rechtsgüter sind Güter im echten Sinne, d.h.reale W e r t s u b s t r a t e , die von den Grundwerten her ihre W e r t q u a l i t ä t erhalten (43). Als solche Wertsubstrate der Grundwerte aber sind die Rechtsgüter nicht nur motivierende Leitbilder bei der Tatbestandsbildung, sondern konkrete Verletzungsobjekte jeder Tatbestandsverwirklichung. Deshalb mag etwa im Bereich der Wirtschafts-Owi die Wirtschaftsordnung zwar nur motivierender Grundwert sein; dieser Grundwert aber findet in mannigfachen, sich in realen Sachverhalten oder Beziehungen verkörpernden Rechtsgütern seine Mediatisierung und Konkretisierung. Und dies in einer Weise, die sich in nichts Wesentlichem von dem Wert-Fundierungsverhältnis der übrigen Rechtsgüter unterscheidet.

---

43) zur Unterscheidung von Wertqualität und Wertsubstrat, vgl.RICKERT, System der Phil.I S.113; Nic.HARTMANN, Ethik S.122 ff. Auf diese wertphilosophische Unterscheidung wurde wohl schon öfters bei Bestimmung des Rechtsgutsbegriffes Bezug genommen; jedoch wurde sie kaum eindeutig verwertet. So erweckt MEZGERs Rechtsgut als "objektiver Wert" (Lehrb. S.2oo, AT S.1o4) zunächst den Eindruck als sei damit "Wert" i.S.v.Wertqualität gemeint; dagegen spricht die Gleichsetzung von Wert u.Gut bzw.von Rechtsgut- objektiver Wert-Zustand (vgl.Lehrb.S.2oo mit Anm.9) für Rechtsgut i.S.v.Wertsubstrat; ebenso wohl auch H.MAYER S.51. Deutlicher bezeichnet OEHLER, Wurzel, Wandel u.Wert S.3 die Rechtsgüter als "Wirklichkeiten, die einen Wert tragen", also i.S.v.Wertsubstrat und die Rechtsgüterordnung als "Ausdruck eines bestimmten nicht real existierenden Wertsystems". Andererseits versteht MITTASCH, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens S.87, das Rechtsgut i.S.v.Wert bzw.Wertqualität als etwas "Immaterielles, Geltendes".

Wenn nun hier auf diese wertphilosophische Unterscheidung Bezug genommen wird, so geschieht es hauptsächlich, um das Verwurzeltsein der Rechtsgüter in realen Sachverhalten, seien sie auch psychischer oder geistiger Art, zu betonen und das Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Grundwerten zu verdeutlichen. Dies scheint heute umso eher möglich, als in der grundgesetzlichen Wertordnung ein "Werthimmel" vorhanden ist, dessen Grundlage nicht in problematischen allgemeinen Wesenheiten zu suchen ist, sondern in den verfassungsrechtlich für verbindlich erklärten Wertentscheidungen unserer Kultursituation, unberührt der Frage, ob nicht trotz Kulturrelativität und Wertautonomie bestimmte Werte absolute Gültigkeit haben.

V. Der Mangel eines T a t o b j e k t e s als Unterscheidungsmerkmal ?

Unter Anerkennung der Tatsache, daß auch die Verwaltungsdelikte die Verletzung eines Schutzobjektes enthalten (44) versucht nun Erik WOLF einen Qualitätsunterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsdelikten darin zu sehen, daß den Verwaltungsdelikten im Gegensatz zu den Justizdelikten das Tatobjekt fehle (45).

Schon allein die notwendige Konsequenz, damit alle Staatsdelikte aus dem Bereich der Straftaten herausnehmen zu müssen (46), wäre ein historisches Paradoxon (47). Dogmatisch kommt es maßgeblich darauf an, wie weit man den Begriff des Tatobjektes faßt (48). Wie diese Fassung des Tatobjektsbegriffes aber auch ausfallen mag, es bleibt doch immer noch fraglich, warum eine etwaige Trennungslinie von tatobjektlosen und tatobjekthaften Gutsverletzungen zugleich die Abgrenzungslinie von Straftaten und Owi sein soll.

Ebensowenig läßt sich mit dem Argument des spezifisch gearteten Sozialschadens der Verwaltungsdelikte ein Qualitätsunterschied begründen. Dieser spezifische Schaden soll nach

---

44) so Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.561.
45) aaO.
46) so WOLF selbst, aaO. S.568.
47) Denn gerade die Staatsdelikte, die Angriffe gegen die Existenz der Gesamtheit waren es, die den Anstoß für die Bildung eines öffentlich-rechtlichen Strafrechtes gaben; und lange Zeit bildeten die Staatsverbrechen den Kernbereich des öffentlichen Strafrechts, vgl.v.HIPPEL, Strafrecht I S.43,6o,1o3 f. - Kritisch gegen WOLF auch SCHLEGTENDAL S.48.
48) Sieht man ihr Tatobjekt in erster Linie in dem in Mitleidenschaft gezogenen körperlichen Gegenstand der Tatbestandsverwirklichung (so wohl MAURACH AT S.171), dann gibt es sicherlich tatobjektlose Rechtsgutsverletzungen wie etwa bei der einem Dritten gegenüber behaupteten ehrenrührigen Tatsache, Faßt man dagegen das Tatobjekt weiter als das Mittel oder den Gegenstand, in dem sich die Tatbestandsverwirklichung realisiert (vgl.MEZGER AT S.1o4), dann sind tatobjektlose Delikte kaum denkbar. Im Ergebnis ebenso SCHLEGTENDAL S.87 ff, 127 f, mit angreifbarer Begründung. Zum früheren Streit um das Tatobjekt vgl.einerseits M.E.MAYER, Lehrb.S.13o f, andererseits GERLAND, Grundriß S.85.

WOLF (49) in der "Erschütterung des objektiven Rechtsbewußtseins" bestehen und darauf beruhen, daß durch das Verwaltungsdelikt ein "Zustand illegal" wird. Tritt aber dieser Effekt nicht auch bei der Straftat ein ? und sogar noch massiver und nachhaltiger ? Vielleicht ließe sich WOLFs Argument dann aufrechterhalten, wenn der spezifische Sozialschaden der einzige Schaden des Verwaltungsdelikts wäre. Aber wie WOLF selbst einräumt, ist auch bei den Verwaltungsdelikten der für die Justizdelikte typische Individualschaden nicht völlig auszuschließen. Damit ist auch diese Grenze wieder verwischt und eine qualitative Unterscheidung nach dem spezifischen Schadensgehalt nicht möglich.

§ 12. Der p e r s o n a l e Handlungsunwert der Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

Der vorangegangene Nachweis, daß hinsichtlich des Rechtsgutscharakters kein wesentlicher Unterschied zwischen Straftaten und Owi besteht, kann nun freilich nur für denjenigen von Bedeutung sein, der in der Rechtsgutsverletzung den wesensbestimmenden Gehalt des strafrechtlichen Unrechts sieht. Für die Theorie des personalen Unrechts dagegen wird nur ein wesentlicher Unterschied im personalen Handlungsunwert eine Abgrenzung begründen. Aber auch ein solcher ist nicht nachweisbar (1).

---

49) E.WOLF, Frank-Festgabe II S.565 ff.

1) Außerhalb der Verwstrtheorie hatte SOMMER, Die Abgrenzung von Wi-straftaten u. Owi S.72 ff, 88 ff eine Abgrenzung nach dem personalen Handlungsunwert versucht; dem sozialethisch gefärbten Handlungsunwert der Straftaten stellt er den sozialethisch farblosen der Owi gegenüber. Wie aber schon SCHLEGTENDAL S.43 ff betont hat, ist SOMMERs Abgrenzungskriterium zu vage bestimmt, um praktischen Anforderungen zu genügen.

I. Der Ungehorsam der Owi als ein rechtlicher G e s i n n u n g s u n w e r t .

a) Für die p e r s o n a l e U n r e c h t s t h e o r i e (2) ist die Rechtsgüterverletzung nur nebensächlich und durchaus "hinzukommend". Ihre Hauptthese ist, daß sich das strafrechtliche Unrecht als Abfall von den rechtlichen Gesinnungswerten darstellt, daß also das "verbotene sozialunethische Verhalten ... der generelle Unwertgehalt aller Normen" sei (3).

Kernbegriff dieser Lehre sind also die G e s i n n u n g s w e r t e, die auch als "sozialethische Aktwerte", als "die in der beständigen rechtlichen Gesinnung wurzelnden Werte rechtmäßigen Handelns" oder auch als "sozialethische Pflichten" bezeichnet werden. Wesentlich ist allen Bezeichnungen das eine Moment, daß sich die Gesinnungswerte nicht in einem objektiven Sachverhalt, sondern in einer subjektiven Haltung oder, um Kürze und Einmaligkeit dieser Haltung zu betonen, in einem subjektiven Akt zur Äußerung bringen.

b) Schon diese kurze Charakterisierung der Gesinnungswerte genügt, um auch den behaupteten U n g e h o r s a m der Owi als einen Gesinnungswert erkennen zu können; denn die Behauptung der Verwstrtheorie geht ja gerade dahin, daß sich bei den Owi das Unrecht im Ungehorsam gegen die Verwaltung erschöpfe, also in einem "sozialethischen Aktunwert" bestehe (4). Ein grundsätzlicher Unterschied dieses Gesinnungsunwertes gegenüber dem der Straftaten ist nicht ersichtlich.

II. Der Ungehorsam der Owi als ein nur f o r m e l l e r Gesinnungsunwert ?

Vielleicht böte sich jedoch auf Grund der verwstrtheoretischen These, daß der Ungehorsam jeder Owi eigen ist und als

---

2) vgl.vor allem WELZEL, Strafrecht S.1 ff, 45 ff, 54 ff; ZStW 58,5o5 ff; GALLAS ZStW 67,1 ff, 38 ff. - Zur Kritik vgl.Th.WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S.47 ff; SAX, Grundrechte III 2 S.913 ff; KOHLRAUSCH-LANGE S.13 f.
3) WELZEL ZStW 58,513 in Anm.3o
4) MAIHOFER ZStW 7o,193.

solcher das Wesen ihres Unrechtsgehaltes ausmacht, die Möglichkeit an, den Ungehorsam der Owi als eine rein formelle, weil zum Owi-Begriff gehörende unrechtliche Gesinnung aufzufassen und dem materiellen Gesinnungsunwert der Straftaten gegenüberzustellen; denn in der Tat liegt bei den Straftaten nicht nur der formelle Ungehorsam gegen den Gesetzesbefehl vor, sondern durch das mitverletzte Rechtsgut erhält hier der Gesinnungsunwert eine besondere inhaltliche Färbung. So besteht das personale Unrecht etwa eines Mordes über die reine Unbotmäßigkeit gegen das gesetzliche Verbot hinaus im Abfall von dem speziellen Gesinnungsunwert "Achtung vor dem Leben" (5). Der Aktunwert des Ungehorsams hat hier durch das zugrundeliegende Rechtsgut einen materiellen Inhalt bekommen. Würde also der Unwert der Owi tatsächlich nur in reinem Ungehorsam bestehen, so könnte man vom Standpunkt der personalen Unrechtslehre aus einen wesentlichen Unterschied zwischen Straftaten und Owi sehr wohl darin sehen, daß dem materiellen Gesinnungsunwert der Straftaten nur ein formeller der Owi gegenüberstünde.

Aber das wäre nicht mehr als eine sachwidrige Konstruktion; denn wie im vorigen Abschnitt festgestellt, erschöpfen sich die Owi gerade nicht in reinem Ungehorsam, sondern enthalten ebenso eine Rechtsgutsverletzung wie die Straftaten auch, zumindest aber - und darüber besteht auch bei der Verwstrtheorie Einigkeit - sind sie nicht ohne jedes rechtsgutsbezogene Motiv geschaffen. Schon das allein reicht aber aus, um auch den Owi einen speziellen Gesinnungsunwert zuzuerkennen. Denn ebensowenig wie bei den Militärstraftaten der personale Unwertgehalt etwa in inhaltsleerer Treulosigkeit, Ungehorsam oder Verrat besteht, sondern durch das mitverletzte Rechtsgut (6) einen spezifischen Charakter erhält (7), so handelt es sich auch bei der Owi nicht nur

---

5) vgl.WELZEL, Strafrecht S.2 mit weiteren Beispielen
6) vgl.dazu o. S.85 Anm.11
7) Schon die Bezeichnungen Treue, Fahnenflucht, Verrat drükken mehr aus als nur bloßen Ungehorsam gegen einen Befehl. Bezieht man bei Betrachtung des Gesinnungsunwertes auch noch das mitberührte Rechtsgut mit ein, so kehrt sich der Unterschied im personalen Aktunwert noch stärker heraus: er ist etwa bei der Fahnenflucht viel gravierender und intensiver als der mehr episodische einer Gehorsamsverwei-

um einen blassen Ungehorsam, sondern je nach der Art des Zweckes oder Interesses, dem der Owi-Tatbestand dient, wird der Gesinnungswert ein anderer. Mögen hier die Abweichungen infolge der weit vorangetriebenen Rechtsgutsmediatisierungen auch noch so gering oder fast unerkennbar sein, theoretisch übergehen kann man sie nicht; denn der Gesinnungsunwert eines Verstoßes gegen die Meldeordnung ist nun mal ein anderer als der einer leichten Verkehrsübertretung oder unrichtigen Lebensmittelbezeichnung.

Damit entfällt auch die Möglichkeit, unter Voranstellung der Theorie des personalen Unrechts einen qualitativen Unterschied zwischen Straftaten und Owi zu begründen. Denn in gleicher Weise wie bei den Straftaten erhält der Gesinnungswert der Owi durch seine S a c h v e r h a l t s b e z o g e n h e i t einen spezifisch materiellen Charakter, nicht aber handelt es sich bei diesem Ungehorsam um einen rein formellen, inhaltslosen Gesinnungsunwert.

§ 13. Das Abgrenzungsproblem und der W e r t g e g e n s a t z von Justiz und Verwaltung.

I. Vorbemerkung.

Eine Kritik der Verwstrtheorie würde an Wesentlichem vorbeigehen, wollte sie sich auf die Auseinandersetzung mit ihren Unrechtspositionen beschränken und die normative Grundlage, den Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung, stillschweigend hinnehmen. Auf diesen Gegensatz wird von den heutigen Verwstrtheoretikern zwar kaum noch ausdrücklich Bezug genommen (1); trotzdem ist er auch heute noch das Fundament, auf dem

---

gerung. Vgl.auch WELZEL, Strafrecht S.2, wo etwa der Aktwert der Staatstreue inhaltlich auf das Wohl des Staates bezogen wird.

1) Eine Ausnahme macht SCHLEGTENDAL, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Owi S.36 ff, der den qualitativen Unterschied von Straftaten und Owi vornehmlich in der Verschiedenheit ihrer in Justiz und Verwaltung verkörperten Zwecke begründet sieht. Wenn er folgerichtig zu der rechtspolitisch unannehmbaren Forderung kommt, nur die echten "Verwaltungs"-delikte vom Kriminalstrafrecht abzusondern, so ist das nur bezeichnend für den falschen Ansatz der Verwstrtheorie.

die gesamte Verwstrtheorie ruht. Nicht nur daß die von der Verwstrtheorie behaupteten Unterschiede im Unrechts- und Schuldgehalt der Straftaten und Owi in jenem Wertgegensatz ihre normativ-teleologische Überhöhung und abgrenzende Verbindlichkeit haben sollen, auch in den heute noch so bezeichneten "Verwaltungsgütern" und dem vielberufenen "Verwaltungsschaden" sowie in der Vorstellung, daß das Bußgeldverfahren ein Verwaltungsverfahren sei, taucht immer wieder der alte Gegensatz von Justiz und Verwaltung auf.

Nun ist und kann es nicht Ziel unserer Kritik sein, den Wertgegensatz von Justiz und Verwaltung grundsätzlich zu leugnen, im Gegenteil ist dieser im folgenden noch zu betonen. Aber anzugreifen sind die Folgerungen, welche die Verwstrtheorie für die Wesensverschiedenheit des "Justiz"- und "Verwaltungs"-strafrechts daraus zieht.

Es sind im wesentlichen zwei Gedanken, die hier von der Verwstrtheorie in den Vordergrund gerückt werden: zum einen der mehr formelle, daß das Justizstrafrecht ein spezielles Sanktionsmittel der Justiz, das Verwaltungsstrafrecht ein solches der Verwaltung sei; zum anderen das materiell-normative Argument, daß das Justiz- und Verwaltungsstrafrecht die gleichen voneinander verschiedenen Zwecke verfolgten wie Justiz und Verwaltung und deshalb auch teleologisch eine Wesensverschiedenheit zwischen den beiden Strafrechtsbereichen bestehe.

II. Die f o r m e l l e Problematik: Die Verknüpfung von Justiz und Justizstrafrecht und von Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht.

Hier ist zunächst noch einmal auf GOLDSCHMIDTs G r u n d t h e s e hinzuweisen. Er geht sicherlich zutreffend davon aus, daß dem modernen Sozialstaat vor allem zwei Aufgaben zukommen: der Schutz menschlicher W i l l e n s s p h ä r e n, seien es die von Individuen oder von Gesamtpersönlichkeiten,

und die Förderung der W o h l f a h r t (2). Bei der formellen Frage, wie und von wem diese Ziele zu verwirklichen sind, nennt GOLDSCHMIDT für den Schutz der Willenssphären das Recht, das in Form von Satzungen die Willenssphären abzugrenzen habe, für die Verwirklichung der Wohlfahrt die Verwaltung, die in Form von Handeln ihr Ziel anzustreben habe (3).

1. Es fällt auf, daß für die Förderung der Wohlfahrt bereits ein Staatsorgan, die Verwaltung, benannt wird, während für die Abgrenzung der Aktionsbereiche "das R e c h t" für zuständig erklärt wird. Welches Staatsorgan aber steht hinter dem Recht ? Man sollte meinen, daß hier nur die Gesetzgebung in Betracht kommen könne, da sie ja schließlich durch "Recht"-setzung die Willenssphären abgrenzt. Aber anders GOLDSCHMIDT, er stellt an die Stelle des Rechtes die J u s t i z (4); ihr soll die Aufgabe zufallen, für den Schutz der Willenssphären zu sorgen.

Daran ist zweifelsohne richtig, daß der Justiz die Pflicht obliegt, die Einhaltung der einmal geschaffenen Rechtssphären zu kontrollieren und zu sanktionieren. Aber GOLDSCHMIDT übersieht den Unterschied zwischen der R e c h t s f e s t l e g u n g, d.i.Festlegung der Willenssphären in seinem Sinne, und der R e c h t s b e w a h r u n g, d.i.die Kontrolle und Sanktionierung der rechtlich festgelegten Aktionsbereiche. Für den Schutz der Willenssphären, der nach GOLDSCHMIDT in die Kompetenz der Justiz fallen soll, besteht also in Wirklichkeit nur eine n a c h g e o r d n e t e Zuständigkeit der J u -

---

2) Dabei wird man aber Wohlfahrt keineswegs i.S.v.Staatswohl verstehen dürfen. Zu solch staatsnützlicher Auslegung verleitet die Darstellung Eb.SCHMIDTs, wenn er den Zweck der Owi in erster Linie im Staatswohl sieht und dessen günstigen Auswirkungen für den Einzelnen nur die Bedeutung von Reflexwirkungen beimißt (SJZ 48,232) vgl.hiergegen NAWIASKY, Staatslehre 2 II S.2o2, der ebenfalls zwischen den Bürgerinteressen und den Interessen des staatlichen Apparates unterscheidet, aber ebenso sehr betont, daß die Interessen des letzteren nur sekundäre Bedeutung hätten und nicht zum Selbstzweck gemacht werden dürften.

3) vgl.im einzelnen o. S.51 ff

4) vgl.DStrZ 1914,224.

s t i z, insofern als sie die Rechtsbewahrung zu besorgen hat. Dagegen hat sie mit der Festlegung der Willenssphären selbst, die durch die Strafrechtssetzung erfolgt (5), nichts zu tun. Somit ist das Verhältnis von Justiz und Justizstrafrecht im Grunde nur ein prozessuales. Ein innerer Wesenszusammenhang, wie sich aus der verwstrtheoretischen Bezeichnung "Justiz"-strafrecht vermuten ließe, besteht dagegen nicht.

2. Ist aber das V e r h ä l t n i s von V e r w a l t u n g und V e r w a l t u n g s s t r a f r e c h t ein engeres ? Der oberflächliche Beschauer könnte es meinen; denn sowohl die Verordnungszuständigkeit der Verwaltung (6) wie ihre Sanktionszuständigkeit im Bußgeldverfahren (7) sowie die sonstigen zahlreichen Sanktionsmittel des heutigen Verwaltungsrechts (8) möchten den Schluß nahelegen, daß es sich beim Verwaltungsstrafrecht um ein der Verwaltung entspringendes und nur ihr zugehöriges, eben um Verwaltungsrecht handele. In der Tat wurde dieser Standpunkt auch von GOLDSCHMIDT vertreten (9). Aber bereits Erik WOLF (1o), ganz zu schweigen von den grundsätzlichen Gegnern der Verwstrtheorie (11), mußte die Unhaltbarkeit dieser These zugeben.

Doch die Zugehörigkeit des Verwaltungsstrafrechts zum Strafrecht besteht nun nicht nur in der formallogischen Gleichheit der Deliktsbegriffe, wie Erik WOLF meint (12), sondern auch im

---

5) und auch durch das Strafrecht nur in sekundärer Weise; denn nur in den selteneren Fällen wirkt der Straftatbestand von sich aus rechts- und unrechtsbegründend, da die Aktionsbereiche meist schon durch andere (bürgerlichrechtliche, öffentlichrechtliche) Rechtssätze festgelegt sind und der Strafrechtssatz lediglich zur Schutzverstärkung hinzutritt; vgl.MAURACH AT S.24 zur sekundären Natur des Strafrechts. Im gleichen Sinne sieht DEL VECCHIO, Gerechtigkeit S.1o7, im Strafgesetz "eine Art von zweiter Gerechtigkeit".
6) Zum Erlaß von Rechtsverordnungen und Rechtssatzungen vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S.113 ff, KÄÄB-RÖSCH, BayLStVG Einf.79 ff.
7) vgl.§§ 35 ff, 48 OWG
8) etwa Zwangsaufalgen, Konzessionsentziehungen, vgl.FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S.252 ff.
9) vgl.Verwaltungsstrafrecht S.577, IKV 12,229, DStrZ 1914, 224.
1o) Frank-Festgabe II S.545,56o
11) vgl.u.a.TROPS S.29 ff
12) aaO.

übrigen ist das Verwaltungsstrafrecht seinem ganzen Charakter nach mehr Strafrecht als Verwaltungsrecht. Darüber dürfen auch die engen formellen Beziehungen (13), die zwischen der Verwaltung und dem Verwaltungsstrafrecht nach geltendem Recht zweifellos bestehen, nicht hinwegtäuschen. Denn sowohl da, wo die Verwaltung rechtsetzend Owi-Tatbestände schafft, wie auch da, wo sie im Bußgeldverfahren sanktionierend das Verwaltungsstrafrecht vollzieht, handelt sie nicht in originärer, sondern nur in abgeleiteter Zuständigkeit.

Das wird nicht bezweifelt, soweit es die nur abgeleitete Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung betrifft (14). Dagegen ist unsere andere Behauptung, daß die Sanktionszuständigkeit der Verwaltung auch im Rahmen des Bußgeldverfahrens nur eine abgeleitete ist, heftigst umstritten. Von der Gegenmeinung werden im wesentlichen zwei Argumente für den Verwaltungsrechtscharakter der Verwaltungsstrafrechtssanktionen angeführt: so einmal die Behauptung, daß das Sanktionsmittel des Owi-Rechts, die Geldbuße, keine Strafe, sondern ein typisches Verwaltungszwangsmittel sei (15), und damit zusammenhängend die weitere Behauptung, daß der Bußgeldbescheid kein Richterspruch, sondern ein Verwaltungsakt sei (16).

Beide Behauptungen vermögen einer genaueren Betrachtung nicht standzuhalten.

a) So kann die Verwstrtheorie zumindest für das geltende Owi-Recht die Geldbuße nicht als Pflichtenmahnung

---

13) Zur Problematik der materiell-normativen Zweckgleichheit von Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht vgl.unter III.

14) vgl.FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S.114; verfassungsrechtliche Grundlage ist Art.8o GG, vgl.HAMAN, GG Art.8o B, C 2.

15) so Erik WOLF aaO. S.583 ff; Eb.SCHMIDT NdWistr S.45 f; ROTBERG S.27; STOECKER Vorb.II; MAURACH AT S.15;JAGUSCH LK Vorb.A IV 1 vor § 13; KMR S.1423.

16) vgl.Eb.SCHMIDT NdWistr.S.68, auch Strafrecht u.Disziplinarrecht S.873; ROTBERG S.57; MITTELBACH MDR 59,619; auch das BVerfG NJW 58,1964 hat den Rechtsprechungscharakter der Bußgeldfestsetzung verneint (zur Kritik vgl.u.Anm. 27);ebenso EBISCH, Wi-strafrecht S.1oo; vgl.zum ganzen GOSSRAU NJW 58,929 ff.

ohne wesentliche Abschreckungs-, Sicherungs- und Erziehungsfunktion verständlich machen. Denn um einem Säumigen an seine Pflichten zu erinnern, würden schon schriftliche Hinweise oder geringfügige gebührenpflichtige Verwarnungen ausreichen. Auch würde es für ein bloßes Aufmerksammachen genügen, daß die Verwarnungsgebühr für alle Fälle des Ermahnens die gleiche ist oder, wenn schon abgestuft, sich nach der persönlichen Ermahnungsbedürftigkeit des Täters, nicht aber nach der objektiven Schwere der Tat richtet.

Das OWG kennt in § 8 zwar eine solche Verwarnung, die man mit Recht als Pflichtenmahnung bezeichnen mag. Aber um diese Verwarnung geht es ja nicht, sondern um die Geldbuße, die Hauptsanktion des OWG. Wenn diese aber in höchst unterschiedlicher und empfindlicher Höhe verhängt werden kann (17) und sich die Bemessung auch nach den Umständen der Tat zu richten hat (18), so ist dies nicht mehr nur Pflichtenmahnung, sondern kann sinnvoll nur als P f l i c h t e n s t e i g e r u n g verstanden werden, die, wie die Kriminalstrafe auch, neben der persönlichen und allgemeinen Abschreckung auch Vergeltungscharakter hat (19).

Vor allem aber haben Geldstrafe und Geldbuße das weitere gemeinsam: sie setzen beide eine rechtswidrig-schuldhafte Tatbestandsverwirklichung voraus (2o), sie sind beide "schuld-

---

17) Gem. § 5 OWG besteht ein Bußrahmen von 2 bis looo DM; gem. § 4 III WiStG können sogar Geldbußen bis in Höhe von 5o ooo DM verhängt werden.

18) vgl. § 6 OWG; beispielsweise nach ERBS-KOHLHAAS § 6,1 OWG müssen der Verschuldensgrad und die Tatfolgen bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden.

19) i.gl.S.KISCHA S.1o2; auch ROTBERG S.55 ff u.ERBS-KOHLHAAS § 6,1 OWG sprechen (von ihrem Standpunkt aus völlig inkonsequent) von "notwendiger Abschreckung", "wirksamer und gerechter Ahndung", ja sogar von "Sühne". Noch deutlicher muß ROTBERG an anderer Stelle (S.3o), sich wiederum untreu werdend, die Geldbuße als "strafartige Maßnahme" zugeben; ähnliche Inkonsequenzen bei MITTELBACH DÖV 57,253 mit Anm.27, 254.

2o) zum Unterschied von der Einziehung, die gem.§ 18 III OWG auch bei Nichtverschulden angeordnet werden kann.

entsprechende Übelsfolgen" (21) und beide sind "Ahndung" (22) eines in der Vergangenheit liegenden Übels, im Gegensatz zu den Verwaltungsmaßnahmen, die typisch in die Zukunft gerichtet sind und nicht notwendig die schuldhafte Verwirklichung eines sozialschädlichen Sachverhaltes voraussetzen. Mag der Geldbuße auch der Sühnecharakter und das sittliche Pathos der Kriminalstrafe fehlen (23), so muß sie ihrem Sanktionscharakter nach doch zu den Strafen, zu den typischen J u s t i z s a n k t i o n e n und nicht zu den typischen Verwaltungssanktionen gerechnet werden.

b) Damit ist bereits auch über den strittigen Charakter des S a n k t i o n s a u s s p r u c h e s im wesentlichen entschieden. Denn wenn die Geldbuße Strafcharakter hat, dann ist ihr Erlaß nicht Verwaltungs-, sondern R e c h t s s p r e c h u n g s t ä t i g k e i t ; und der Bußgeldbescheid ist nicht Ausübung eines Verwaltungszwanges, nicht Verwaltungsakt, sondern R i c h t e r s p r u c h (24).

Das zeigt sich vor allem auch in der Art der Entscheidungsfindung, die sich in nichts von der des Strafausspruches unterscheidet. Denn wie JESCHEK (25) zutreffend hervorhebt, sind im Bußgeldverfahren bei der Schuld- und "Straf"-frage die selben Überlegungen anzustellen wie bei Strafsachen und der Bußgeldausspruch selbst erfolgt wie bei der Strafe nach "rückblickender, feststellender und erkennender Betrachtung eines abgeschlossenen Vorgangs", jenen Momenten also, die nach herrschender Verwaltungsrechtslehre (26) als materiale Kennzeichen der Rechtsprechung angesehen werden (27).

---

21) nach JAGUSCH LK Vorb. AI vor § 13 ist das ein Kennzeichen des Strafcharakters.
22) auch das Gesetz spricht in § 9 OWG von "ahnden".
23) vgl.dazu u. S.144 f.
24) so schon FLEINER, Institutionen des Verwaltungsrechts S.215 f; ferner PECHSTEIN S.125, KISCHA S.1o2 Anm.295; LOTZE NJW 56,1541; ARNDT NJW 57,249; JESCHEK JZ 59,462. Auch für GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht S.583 f, war die Festsetzung der Verwaltungsstrafe noch "Richterspruch".
25) JZ 59,462
26) vgl.G.KÜCHENHOFF VVDStL 14,199; FORSTHOFF, Verwaltungsr.S.5 f.
27) Demgegenüber trifft das BVerfG nicht den Kern der Sache, wenn es glaubt, den Rechtsprechungscharakter des Bußgeldbescheides deshalb ablehnen zu müssen, weil das Bußgeldverfahren kein Streitverfahren sei (NJW 58,1964); denn auch

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen diesie originäre Rechtsprechungszuständigkeit der Justiz an die Verwaltung übertragen werden kann, ist eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage (28). Denn hier ging es lediglich um die formalen Beziehungen zwischen Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht, um daraus Folgerungen für die Rechtsnatur des Verwaltungsstrafrechts ziehen zu können. Dies kann nunmehr auch geschehen; denn in der Sanktionsnatur der Geldbuße als Strafe ist das entscheidende Kriterium gefunden, wonach das V e r w a l t u n g s s t r a f r e c h t als S t r a f r e c h t anzusehen ist. Und auch der Charakter des Bußgelderlasses als Richterspruch beweist, daß es sich beim Verwaltungsstrafrecht und seiner Sanktionierung nicht um Verwaltungsrecht und Verwaltungstätigkeit handelt, sondern daß das Verwaltungsstrafrecht unter dem Oberbegriff des Strafrechts oder des strafrechtlichen Sanktionenrechts dem Kriminalstrafrecht beizuordnen ist (29).

3. Unabhängig von der Frage, ob sich etwa aus normativ verschiedener Zielsetzung ein materieller Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ergeben könnte, besteht also zumindest der f o r m e l l e n S t r u k t u r nach eine G l e i c h h e i t zwischen beiden. Weder ist das eine formell besonders eng verknüpft mit der Justiz, noch das andere mit der Verwaltung. Das Verwaltungsstrafrecht mag zwar betont nach den Bedürfnissen der Verwaltung gestaltet, ja sogar kraft Delegation von ihr geschaffen sein. Aber gerade bei der Durchsetzung dieses Rechts handelt es sich nicht mehr um typische Verwaltungstätigkeit, sondern um spezifisch justizielles Handeln wie beim Justizstrafrecht auch.

---

das ordentliche Strafverfahren ist kein Streitverfahren im eigentlichen Sinne und wird trotzdem unstreitig zur Rechtsprechung gerechnet, vgl.dazu H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht I S.64 f.

28) vgl.dazu u. S.221 f

29) Auch in der amtl.Begründung des OWG (Entwurf A,Allgemeines III, Drucksache Nr.2loo des 1.Dt.Bundestages) wurden die Ordnungswidrigkeiten als Strafrecht i.S.v.Art. 74 Nr.1 GG angesehen; i.gl.S.BayObLG 1952,183 u.GA 1953, 181.

III. Die materiell - n o r m a t i v e Problematik: Die Z w e c k e des Justiz- und Verwaltungsstrafrechts.

Die zuvor dargestellte strukturelle Gleichheit von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ließ die von der Verwstrthedrie aufgeworfene Frage unberührt, ob sich nicht materiell-teleologisch aus den gegensätzlichen Zwecken ein wesensmäßiger Unterschied zwischen beiden ergeben könnte. Erik WOLF bringt hierfür ein s t a a t s p h i l o s o p h i s c h e s Argument: Gestützt auf die SMENDsche Dreigliederung des Staatswertes in den Rechts- Macht- und Wohlfahrtswert soll die Wohlfahrt als höchster Verwaltungswert konstitutiver Grundwert des Verwaltungsstrafrechts und die Gerechtigkeit als höchster Justizwert konstitutiver Grundwert des Justizstrafrechts sein (3o).

In der Tat vermöchte dieser grundsätzliche Wertbezug zumindest einen normativen Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht zu begründen, wenn er zu Recht bestünde. In Wirklichkeit aber beruht er auf einer fragwürdigen V e r a b s o l u t i e r u n g der R e c h t s - und W o h l f a h r t s w e r t e und auf angreifbaren Vorstellungen über die normative Beziehungen zwischen Verwaltung und Verwaltungsstrafrecht.

Die Untersuchung dieser wertbeziehenden Argumentation wird zwei Probleme auseinanderhalten müssen: zunächst die Frage nach dem Verhältnis der Justiz- zu den Verwaltungszielen (unter 1.); hier wird sich herausstellen, daß nur in den Funktionsformen, nicht aber im Zielwert ein Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung besteht. Im Anschluß daran kann dann die hier hauptsächlich interessierende Frage nach den Zwecken des Justiz- und Verwaltungsstrafrechts gestellt werden (unter 2.); hier wird sich sowohl eine Zweck- wie Funktionsgleichheit beider ergeben.

1. Nicht nur von strafrechtlicher Seite wurde gegen Erik WOLF die Frage gestellt, ob die G e r e c h t i g k e i t,

---

3o) vgl.im einzelnen die Nachweise o. S.59 ff.

welche WOLF der Justiz vorbehalten hatte, nicht auch konstitutiver G r u n d w e r t der V e r w a l t u n g sei (31). Noch entschiedener wehren sich heute die Verwaltungsrechtler gegen eine "substanzielle Ausklammerung der Verwaltung aus dem Recht", da sich die heutige Verwaltung auf Grund der veränderten Staatspraxis auch an den Forderungen des Rechts im Sinne der iustitia distributiva und commutative zu bewähren habe (32).

Es ist hier nicht der Ort, im einzelnen den Gründen nachzugehen, die zu einer Umorientierung der Verwaltung auf den Gerechtigkeitswert hin geführt haben (33). Vielmehr darf hier von den Ergebnissen dieser Neubesinnung ausgegangen werden; und davon ist für unseren Zusammenhang wesentlich, daß nach heutiger Auffassung die Funktion der Verwaltung nicht mehr nur darin besteht, innerhalb der Schranken des Rechts durch Zweckmäßigkeit die allgemeine Wohlfahrt anzustreben (34), sondern daß die A u f g a b e der staatlichen V e r w a l t u n g vielmehr in der " R e c h t s v e r w i r k l i c h u n g im Sinne einer Verwirklichung der tragenden, nicht notwendig an den formulierten Gesetzesausdruck gebundenen Gerechtigkeitsprinzipien" gesehen werden muß (35). Damit ist für den Gedanken Erik WOLFs, die Justiz ausschließlich auf die sog.Gerechtigkeitswerte und die Verwaltung ausschließlich auf die Wohlfahrtswerte hinzuordnen, heute kein Raum mehr. Denn was den Zielwert anbelangt, sind Justiz wie auch Verwaltung auf die Verwirklichung des gleichen Zieles, des Gerechtigkeitswertes hin angelegt (36).

Damit soll jedoch keineswegs jegliche F u n k t i o n s -

---

31) so WELZEL JZ 56,132
32) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S.3
33) vgl.dazu FORSTHOFF aaO. S.2 ff
34) so noch STAHL, FLEINER, HÜBLER; vgl.FORSTHOFF aaO.S.3 Anm.2,3, S.4 Anm.3
35) FORSTHOFF aaO. S.4. Im gleichen Sinne spricht H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht I S.75 von der Verpflichtung der Verwaltung "den Rechtszustand zu verwirklichen"; vgl.ferner FRIESENHAHN, Thoma-Festschrift S.21 ff.
36) Über die Gerechtigkeit als obersten Gemeinschaftswert vgl.vor allem H.J.WOLFF, Sauer-Festschrift S.1o3 ff,12o u.SAUER, Gerechtigkeit S.3 ff.

v e r s c h i e d e n h e i t zwischen Justiz und Verwaltung geleugnet sein; nur liegt sie auf einer anderen Ebene, nämlich in der Verschiedenheit der Wege, auf denen die Verwirklichung der Gerechtigkeit angestrebt wird. Wohl läge es nun nahe, die hierfür notwendige Differenzierung der Verwirklichungsformen in Anknüpfung an die bereits von FORSTHOFF genannte aristotelisch-thomistische Unterscheidung zwischen i u s t i t i a c o m m u t a t i v a, d i s t r i b u t i v a und l e g a l i s (37) zu suchen. Aber das Gelingen scheint schon deshalb fraglich, weil die überwiegend von der Daseinsvorsorge in Anspruch genommene moderne Verwaltung neben der austeilenden Gerechtigkeit, ihrem ureigensten Bereich, auch sehr stark im Rahmen der ausgleichenden Gerechtigkeit gleichgeordnet mit dem Bürgen, tätig wird und sich diese alte Unterscheidung der Gerechtigkeitsformen überdies nur mühsam auf die Vielgestaltigkeit und Verschränktheit des heutigen Rechts- und Staatslebens übertragen läßt (38).

Es dürfte deshalb fruchtbarer sein, die Aufgabenverschiedenheit von Justiz und Verwaltung nach der V e r s c h i e d e n h e i t ihrer F u n k t i o n s f o r m e n bzw.wie FORSTHOFF (39) sagt, ihrer " M o d a l i t ä t e n " zu bestimmen. Danach ist die R e c h t s p r e c h u n g die "rückblickende, feststellende und erkennende Betrachtung eines abgeschlossenen Vorganges", die" V e r w a l t u n g " dagegen "die willensmäßige Gestaltung z u k ü n f t i g e n Geschehens" (4o). Charakteristisch für die Rechtspflege ist

---

37) vgl.ausführlich DEL VECCHIO, Gerechtigkeit S.35 ff.
38) vgl.auch die Kritik bei SAUER, Gerechtigkeit S.9. -Seit den 3o-er Jahren hat deshalb auch innerhalb der neuthomistischen Naturrechtstradition eine Revision der bisher üblichen Gerechtigkeitseinteilung eingesetzt. Man versucht durch den Begriff der "sozialen Gerechtigkeit" die wirtschaftlich-soziale Wohlfahrt der Gesellschaft einzufangen und als Postulat der Gerechtigkeit zu formulieren, vgl.MESSNER, Naturrecht S.38o f, 383 mit Anm.8.-Zur sozialen Seite des Gerechtigkeitsbegriffes vgl.auch die Ausführungen zum Sozialstaatsgedanken bei HAMAN, GG S.32 u.HUBER DÖV 56,2oo ff.
39) aaO. S.5.
4o) so G.KÜCHENHOFF VVDStL 14,199; ähnlich FORSTHOFF aaO. S.5/6; BETTERMANN, Jellinek-Gedächtnisschrift S.361 ff.

also, daß sie die Einhaltung bereits rechtlich festgelegter Aktionsbereiche überwacht und etwaige Verletzungen sanktioniert, während demgegenüber der Verwaltung die Konzentration auf einen aus dem Sozialleben herausgeschnittenen und begrenzten Sachverhalt fehlt. Sie hat vielmehr zukunftgerichtet die Initiative zu ergreifen und zur Erreichung einer gerechten Sozialgestaltung die Verwirklichung der als Ziel, nicht als Zustand gegebenen Wohlfahrt anzustreben (41).

Somit besteht zwischen Justiz und Verwaltung zwar keine Verschiedenheit im Endziel, aber doch eine in der Modalität: die R e c h t s p f l e g e hat den im Gerechtigkeitsstreben erreichten und von der Gesetzgebung rechtlich anerkannten Stand und B e s t a n d zu s i c h e r n und zu s a n k t i o n i e r e n , während die V e r w a l t u n g zukunftsgerichtet diesen B e s t a n d zu e r w e i t e r n und zu v e r v o l l k o m m n e n hat.

2. Von hier aus ergibt sich nun auch der Zugang zu der eigentlich entscheidenden Frage nach dem normativen V e r h ä l t n i s von J u s t i z s t r a f r e c h t und V e r w a l t u n g s s t r a f r e c h t, die Frage also, ob Justiz- und Verwaltungsstrafrecht gegensätzlichen Zwecken dienen bzw.ob sie ein gleiches Ziel nicht wenigstens in verschiedenen Modalitäten anstreben.

Was das Z i e l anbelangt, so ergibt sich, solange man an der Gerechtigkeit als principium iuris festhält, für beide der gleiche Zielwert, die Verwirklichung einer gerechten Sozialordnung.

Aber auch in der V e r w i r k l i c h u n g s w e i s e sind sie gleich; denn für beide kommt nur die Form der B e s t a n d s s i c h e r u n g in Betracht. Das hängt mit

---

41) Es mag erstaunen, daß hier wieder die GOLDSCHMIDTsche Unterscheidung von Willenssphären und Wohlfahrt auftaucht. Man beachte jedoch die Sinnverschiebung; denn nunmehr hat die Verwaltung in der Wohlfahrtsförderung auch eine Gerechtigkeitsaufgabe, die sich in der Verwirklichung der tragenden, nicht notwendig an den formulierten Gesetzesausdruck gebundenen Gerechtigkeitsprinzipien vollzieht.

ihrem Wesen als Sanktionsrecht zusammen, dessen Sinn es gerade ist, die einmal erreichten und als schutzwürdig anerkannten Positionen zu bewahren und zu sichern. Diese Aufgabe der Bestandssicherung fällt dem Verwaltungsstrafrecht speziell für jene Schutzgüter und Positionen zu, welche die Verwaltung durch die Initiative ihrer Sozialgestaltung erreicht hat und die es zumindest als zeitweiligen Bestand zu bewahren gilt. Wohl erhält das Verwaltungsstrafrecht dadurch, daß es stets die neuesten Fortschritte der Verwaltung ergreift und sanktionierend schützt, einen besonders dynamischen Charakter; aber trotzdem bleibt sein Grundzug der der Bestandssicherung; denn anders als bei den echten zukunftsgerichteten Verwaltungsvorschriften, welche regelnd und ordnend das für die Wohlfahrt zu erobernde Gebiet gewissermaßen erst fruchtbar machen oder seine Fruchtbarkeit fördern, ist für einen Verwaltungsstrafrechtssatz erst dann Raum, wenn ein solcher Sachverhalt bereits als werthaft und fruchtbar erkannt und als schutzwürdiges Gut anerkannt ist; denn erst dann kann es gerechtfertigt sein, gegen einen Nachlässigen mit solch einschneidenden Sanktionen vorzugehen, wie sie das Owi-Recht in der abstufbaren Geldbuße zur Verfügung stellt.

Hier findet nun auch der bereits strafrechtsdogmatisch erarbeitete Grundsatz, daß auch die Owi eine R e c h t s g u t s v e r l e t z u n g enthalten, seine rechtstheoretische Bestätigung. Denn wenn der Verwaltungsstrafrechtssatz eine im Streben nach sozialer Gerechtigkeit erreichte Position zu halten hat, dann ist sein Inhalt nicht nur ein reiner Gehorsamsbefehl, sondern ein zwar möglicherweise von der Verwaltung gewonnenes, aber letztlich für die Allgemeinheit nützliches Gut, das durch seine Normierung und Sanktionierung in einem Owi-Tatbestand zum Rechtsgut wird (42).

---

42) So werden wohl gerade im Bereiche des Owi-Rechts überwiegend jene Fälle zu finden sein, wo die Tatbestandsnormierung konstitutiv die Unrechtmäßigkeit der betreffenden sozialschädlichen Handlungsvollzüge ausspricht, im Gegensatz zu den Tatbeständen, wo das schutzwürdige Gut bereits durch eine andere Rechtsnorm zum Rechtsgut erhoben worden ist. Vgl. o. in u. zu Anm.5.

IV. Die Problematik des Abschichtungsprozesses.

Damit erfährt auch der bereits von GOLDSCHMIDT (43) beobachtete A b s c h i c h t u n g s p r o z e s s von den Verwaltungs- zu den Justizdelikten eine neue Deutung. Dies sei hier noch kurz betrachtet, weil es auch die normative Gleichgerichtetheit von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht von einer neuen Sicht zu vertiefen vermag.

Daß ein solcher Abschichtungsprozeß, den nach Eb.SCHMIDTs Bemerkung v.HIPPEL juristisch glaubte nicht verkraften zu können (44), tatsächlich stattfindet, kann heute nicht mehr zweifelhaft sein (45). So sind beispielsweise im Bereich des V e r k e h r s r e c h t s schon allein auf Grund der technischen Neuerungen und Geschwindigkeitsverbesserungen Bedürfnisse und Schutzlagen offenbar geworden, die man vor Jahrzehnten kaum erahnen konnte (46). Nach derzeit geltendem Recht werden die Verkehrsdelikte noch als Straftaten, wenn auch größtenteils als Übertretungen behandelt. Aber auch dann wenn ihre schon lang geforderte Eingliederung in das Owi-Recht gesetzliche Wirklichkeit werden sollte, wird man nicht alle Delikte in Owi umwandeln können. So soll etwa das Fahren unter Alkoholeinwirkung nach den Vorschlägen des Straßenverkehrssicherheitsausschusses (47) Straftat bleiben; CORDIER (48) hat dem noch weitere Tatbestände hinzugefügt und sicher wird sich bald herausstellen, daß noch andere zunächst als Owi formulierte Tatbestände besser Straftaten wären.

Sollen nun diese Delikte nur deshalb zu Straftaten umgewandelt werden müssen, weil sie nicht mehr gegen den Wohl-

---

43) Verwaltungsstrafrecht S.585 f.
44) Sitzungsniederschriften I S.335
45) Zutreffend weist Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.554 Anm.2 im Anschluß an TROPS S.38 darauf hin, daß dieser Prozeß durch den Gesetzgeber beschleunigt werden kann. Dieser würde jedoch seine Befugnisse überschreiten, wenn er dem Prozeß willkürlich vorgreifen wollte.
46) vgl.etwa § 1o StVO (falsches Überholen), § 13 StVO (Vorfahrt beachten), § 16 StVO (Parken), § 4 II StVZO (Mitführen des Führerscheins).
47) vgl.CORDIER NJW 59,2151
48) aaO.

fahrtswert, sondern gegen den Gerechtigkeitswert gerichtet sind, oder, wie es Erik WOLF ausgedrückt hat, "weil es sich um die Beziehung des bisher nur auf den Wohlfahrtswert hin mit Strafe bedrohten Verhaltens auf den Gerechtigkeitswert handelt" ? Ganz abgesehen davon, daß die von Erik WOLF in Gegensatz zueinander gestellten Rechts- und Wohlfahrtswerte in Wirklichkeit im Höchstwert der Gerechtigkeit verkörpert sind und sich nur in der Modalität der Verwirklichung ein Unterschied ergibt, erscheint es fragwürdig, ob sich denn dadurch, daß sich ein Gut vom Wohlfahrtszweck löst und zum Rechtszweck übergeht, das Wesen des Gutes ändert. Die Gutssubstanz selber bleibt die gleiche. Es könnte sich lediglich durch Hinordnung auf einen anderen Wert die Wertqualität ändern. Aber da Justiz- und Verwaltungsstrafrecht auf den gleichen Wert, die Gerechtigkeit, hingeordnet und auf Sicherung und Bewahrung eines Rechtszustandes ausgerichtet sind, ist eine Änderung der Gutsqualität beim Übergang vom Verwaltungsdelikt zum Justizdelikt nicht möglich.

So zeigt sich auch hier, daß vom Gut oder seiner normativen ~~Wertbezogenheit~~ her eine Abgrenzung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht nicht vollziehbar ist. Deshalb ist ein anderes Kriterium zu suchen, nach welchem sich der Punkt bestimmen läßt, von dem ab eine Owi als Straftat zu betrachten ist.

V. Hier mag a b s c h l i e ß e n d noch darauf hingewiesen sein, daß bei Festhalten an der obigen Unterscheidung zwischen Rechtszustandssicherung und Rechtszustandsbewahrung als Verwirklichungsstufen des obersten Gerechtigkeitswertes auch der Unterschied von Verwaltungsrecht, Verwaltungsstrafrecht und Justizstrafrecht deutlich wird: Um Z i e l e, die erst zu erreichen sind, handelt es sich im Bereich des V e r w a l t u n g s r e c h t s; die durch das V e r w a l t u n g s s t r a f r e c h t geschützten G ü t e r dagegen gehören als rechtlich anerkannte Güter bereits in den zu sichernden Rechtsbestand. Insoweit aber unterscheiden sie sich in nichts in den von J u s t i z s t r a f r e c h t geschützten G ü t e r n und Zuständen.

Somit kann aus einer Zweckverschiedenheit von Justiz und Verwaltung kein materiell-normativer Unterschied zwischen Justiz- und Verw-strafrecht gefolgert werden. Denn beide Strafrechte haben das gleiche Ziel: die Bewahrung und Sicherung des im Streben nach Gerechtigkeit erreichten Rechtszustandes.

§ 14. Der "reine Ungehorsam" der Ordnungswidrigkeit als wert- und staatsphilosophisches Problem.

I. Die Ausgangsstellung.

Faßt man das Wesen der Owi als reinen Ungehorsam gegen Verwaltungsbefehle auf, dann wird die Geldbuße zur Gesinnungssanktion, das Owi-Recht zum Sittenspiegel der Verwaltungsunterworfenen gegenüber der Verwaltung. Paradoxerweise kommt dabei die verwstrtheoretische Deutung der Owi noch stärker in die Nähe des G e s i n n u n g s s t r a f r e c h t s als das personale Unrecht des Kriminalrechts. Denn weder bei der sog. "Kieler Schule" (1), die im Drang nach stärkerer Ethisierung des Strafrechts eine Überhöhung der Rechtsgutslehre durch den Gedanken der "völkischen Pflichtenstellung" erstrebt hatte, noch bei der anderen Hauptrichtung des modernen Gesinnungsstrafrechts, der finalistischen Lehre vom personalen Unrecht (2), wird der Sachverhaltsunwert als Delikt völlig geleugnet; ja im Gegenteil ist etwa auch für WELZEL (3) der Rechtsgutsschutz durchaus das oberste Ziel, nur müsse dieses durch die Voranstellung der Gesinnungswerte erstrebt werden, da der Schutz der Gesinnungswerte der beste Garant für einen

---

1) zu der vor allem DAHM, GALLAS u.SCHAFFSTEIN zu rechnen sind; näheres bei WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S.48; zusammenfassend SCHAFFSTEIN DStR 1937, 335 ff.
2) vgl. o. S.99 f.
3) Strafrecht S.3

wirklich dauerhaften und durchgreifenden Schutz der Rechtsgüter sei.

Die Verwstrtheorie dagegen - nimmt man sie beim Wort - ist in ihrer Konzeption viel radikaler; denn von ihr wird der Rechtsgutsgehalt der Owi völlig eliminiert und ihr Wesen zu einer rein subjektiven Ungehorsamsgesinnung verdünnt; hier wird der objektiv feststellbare und bewertbare Erfolgsunwert noch stärker zurückgedrängt zugunsten eines personalen Handlungsunwertes, der lediglich durch das Symptom der Tatbestandsverwirklichung objektiv feststellbar wird (4).

II. Die ethisch-wertphilosophische Problematik.

1. Vor allen staatsrechtlichen Bedenken, die gegen ein Eingriffsrecht des Staates in den sittlichen Entscheidungsbereich des Einzelnen bestehen, erhebt sich zunächst die e t h i s c h - s t r u k t u r e l l e Frage, wie sich denn der verwstrtheoretische reine Ungehorsam überhaupt realisieren und aktualisieren soll: hat er einen unmittelbaren und ausschließlichen Bezug auf den sittlichen Wert des Gehorsams oder ist er daneben auf objektive Güterwerte gerichtet, so daß der personale Aktunwert nur eine sekundäre, beiläufige Erscheinung wäre ?

Mit dieser Fragestellung ist die Problematik von A k t - w e r t e n und G ü t e r w e r t e n und ihren gegenseitigen B e z i e h u n g e n aufgeworfen, ein Problembereich, der vor allem von der Wertphilosophie untersucht und analysiert wurde. Es kann hier nicht der Ort sein, den Grundlagen und Einzelheiten der Wertlehre des näheren nachzugehen (5).

---

4) Paradox daran ist, daß die Bestrebungen der Verwstrtheorie gerade auf die Entethisierung des Owi-Rechts ausgegangen waren. Doch dieses Ergebnis kann nicht überraschen, denn je mehr man menschliches Handeln seines objektiven Erfolgsgehaltes entkleidet, desto stärker muß die subjektiv-ethische Seite hervortreten.

5) Bahnbrecher der modernen Wertphilosophie war R.H.LOTZE; entscheidende Fortführer fand sie in den südwestdeutschen Neukantianern WINDELBAND u.RICKERT; die Verbindung der Wertlehre mit der Ethik wurde dann vor allem von den inzwischen zur Phänomenologie Ed.HUSSERLs gestoßenen Max SCHELER u.Nicolai HARTMANN vollzogen; vgl.HESSEN, Wertlehre S.15 ff.

Hier interessiert sie nur insoweit, als sie den werttheoretischen Hintergrund der personalen Unrechtslehre und damit auch der verwstrtheoretischen Ungehorsamskonzeption zu verdeutlichen und ihre spezifisch ethische Grundhaltung aufzuzeigen vermag. Dadurch tritt dann auch die staatsphilosophische Problematik umso schärfer hervor.

2. Die Lehre vom personalen Unrecht geht aus von der auch außerhalb der Wertphilosophie (6) als allgemeingültig anerkannten Unterscheidung von Aktwert und Sachverhaltswert. A k t w e r t e - und alle sittlichen Werte sind Aktwerte - sind die Werte des Handels selbst; jene Werte, also, die sich im Handeln verwirklichen, ohne Rücksicht auf Erfolg oder Mißerfolg in der objektiven Dingwelt. Nach Nicolai HARTMANN (7) sind sie P e r s o n w e r t e : "Sie haften nicht Dingen oder Verhältnissen an, sondern der Handlung, dem Willen, der Absicht, der Gesinnung". Dagegen haften die G ü t e r w e r t e eben gerade den Dingen und Verhältnissen an; nach H.MEYER (8) "kommen (sie) D i n g e n, G e g e n s t ä n d e n zu".

Soviel nur zur Verständigung über das, was unter Akt- und Güterwert gemeint ist. Denn wesentlicher für den gegenwärtigen Zusammenhang ist die Frage, wie sich die V e r w i r k l i c h u n g der als personale Aktwerte zu verstehenden sittlichen Werte vollzieht: ist der sittliche Wert selbst der Zielwert des sittlichen Handelns und der objektive Erfolg, d.i. die Verwirklichung von Güterwerten nur eine mehr oder weniger zufällige Folge, oder aber zielt das sittliche Wollen auf einen objektiven Güterwert ab, wodurch zugleich der sittliche Wert seine Verwirklichung findet ?

Beide Alternativen werden vertreten. Nach WELZEL (9)

---

6) so u.a. von HESSEN, Wertlehre S.65 ff u.dem Neuthomisten Hans MEYER, System.Philosophie III S.28
7) Ethik S.142; ähnlich SCHELER, Der Formalismus in der Ethik S.46 ff.
8) Syst.Phil.III S.28
9) vgl.vor allem KOHLRAUSCH-Festschrift S.1o5 u.die prägnante Formulierung der Aufgabe des Strafrechts als "Schutz der elementaren sozialethischen Gesinnung- (Handlungs-)werte u.erst (!) darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter", WELZEL, Strafrecht S.4.

treten die Sachverhaltswerte stark zurück und das sittliche Streben hat sich in e r s t e r Linie auf die G e s i n n u n g s w e r t e auszurichten. Anders vor allem Max SCHELER und Nic.HARTMANN, deren Argumente WELZEL sonst gerne übernimmt (lo) und die nicht müde werden, die F u n d i e r u n g der s i t t l i c h e n W e r t e a u f d e n G ü t e r w e r t e n zu betonen. "Der sittlich Handelnde intendiert einen Güter- oder Sachverhaltswert. Dieser ist der oberste Zweck der Handlung. Auf diese Handlung freilich fällt dann ein sittlicher Wert als Wert des Aktes und damit der Person", so Nic. HARTMANN (11); noch plastischer erscheint nach SCHELER (12) der sittliche Wert "auf dem Rücken der Handlung", welche Güter schafft (13).

3. Doch was ist der E r t r a g dieser Untersuchung für das Problem des reinen Ungehorsams der Owi ? Wie die vorangegangene Frage nach dem Intentionsziel des sittlichen Strebens auch entschieden würde, in keinem Falle würde der sittliche Wert als das einzige und ausschließliche Ziel des Wollens angesehen; denn sogar bei WELZEL sollen die direkt angestrebten sozialethischen Gesinnungswerte letztlich dem Schutz der Rechtsgüterwerte dienen.

Nach der verwstrtheoretischen Konzeption dagegen soll sich das Streben in dem sittlichen Unwert des Ungehorsams erschöpfen und die objektive Seite des Sachverhaltsunwertes völlig nebensächlich sein. Damit widerspricht sie, ungeachtet aller rechtlichen Bedenken, schon gegen ein Grundphänomen ethischen Handeln, das seiner Aktualisierungsweise nach auch für das rechtliche Handeln gilt; denn in gleicher Weise wie für das ethische Wollen und Handeln

---

lo) Nach Th.WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S.63 f, hätte WELZEL auch in der Fundierungsfrage besser HARTMANN u. SCHELER folgen sollen.
11) Einf.in die Phil.S.157; auch Ethik S.252 ff,257 ff.
12) Der Formalismus in der Ethik S.49
13) Eine vermittelnde Meinung, welche beide Alternativen zuläßt, vertritt H.MEYER, Syst.Phil.III S.36. Er weist mit treffenden Beispielen nach, daß der sittliche Wert nicht nur durch Erstrebung eines objektiven Güterwertes, sondern auch um seiner selbst willen erstrebt werden kann; das aber sind schon ethische Höchstleistungen.

stellt sich auch für das rechtliche Handeln die Frage nach dem Verhältnis von Handlungs- und Personalunwert. Wenn schon für die Ethik der Grundsatz gilt, daß da, wo moralische Werte und Unwerte an realen Personen auftreten, "eine Welt realer Güter bereits vorhanden sein (muß), auf die als Wertobjekte sich die Akte der Personen beziehen" (14), dann kann bei dem auf die äußere Sachgüterwelt ausgerichteten r e c h t l i c h e n H a n d e l n der S a c h v e r h a l t s w e r t als I n t e n t i o n s z i e l noch weniger entbehrt werden. Deshalb muß auch bei den Owi neben dem personalen Unwert des Ungehorsams der Sachverhaltsunwert des Güterschadens anerkannt werden.

III. Die staatsphilosophische Problematik.

1. Durch die Konfrontierung der verwstrtheoretischen Owi-auffassung mit dem Fundierungsverhältnis von Aktunwert und Sachverhaltsunwert wird nun noch ein weiteres deutlich: alles Handeln, das ausschließlich auf einen sittlichen Wert hintendiert, ist ein spezifisch ethisches Handeln. Eine Owi also, die reinen Ungehorsam vertypt, würde eine spezifisch ethische Haltung verlangen. Hiergegen erhebt sich die s t a a t s - p h i l o s o p h i s c h e F r a g e, ob denn der S t a a t überhaupt befugt ist, eine bestimmte G e s i n n u n g zu fordern und bei Zuwiderhandeln zu bestrafen.

Eine auch nur einigermaßen befriedigende Antwort auf diese Frage ist nicht möglich, ohne nicht auch das grundsätzliche Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft betrachtet zu haben. Das aber setzte weiter die Erforschung des Wesens des Menschen und der Gemeinschaft voraus. So kann der Versuch einer Antwort hier sinnvoll nur den Charakter und die Knappheit eines B e k e n n t n i s s e s haben und - um das Ergebnis vorwegzunehmen - es schließt sich all denen an, die dem Staat das Recht zu Eingriffen in die sittliche Entscheidungsfreiheit absprechen und ihm das Recht versagen, bestimmte Haltungen und Gesinnungen zu fordern oder zu bestrafen (15).

---

14) so Nic.HARTMANN, Ethik S.252
15) in diesem Sinne aus der neueren Literatur u.a.COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie S.2o5; Nic.HARTMANN,

2. Zu dieser Entscheidung kommt nicht nur der strenge und enge Liberalismus, der dem als notwendiges Übel geduldeten Staat nur Machtbefugnisse zur Wahrung des Rechtsfriedens und der Ordnung unter den Bürgern einräumt (16); vielmehr muß auch dann, wenn man Recht und Pflicht des Staates zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt bejaht (17), dem Staat der i n d i v i d u e l l e B e r e i c h der sittlichen Selbstentscheidung und gesinnungsmäßigen Innerlichkeit v e r s c h l o s s e n bleiben.

Denn schon aus dem Grundsatz der a u s g l e i c h e n d e n G e r e c h t i g k e i t und dem daraus entspringenden, kleinlich-egoistisch anmutenden do-ut-des -Gedanken verbietet sich für den Staat die zwangsweise Beeinflussung und Bestrafung einer bestimmten Gesinnung. Der Staat mag im biologisch-wirtschaftlichen und bis zu einem gewissen Grade im geistig-kulturellen Bereich dem Individuum Opfer und Eingriffe zumuten können, weil er in diesen Bereichen dem Individuum auch Wesentliches gegeben hat. Im Gewissens- und Gesinnungsbereich dagegen ist der Staat nicht der Gebende; das Gewissen kommt dem Menschen von Natur zu. Einem Ausgleich von Geben und Nehmen fehlt hier deshalb jede Grundlage.

Damit verbindet sich weiterer Gedanke: gerade deshalb, weil der Gewissens- und Gesinnungsbereich der ureigenste und persönlichste Bereich des Menschen ist, würde seine Antastung durch den Staat zugleich die I n d i v i d u a l i t ä t des Menschen verneinen und aufheben. Mit einer Verfassungsordnung, die wie die unsere den selbstverantwortlichen Menschen in ihren Mittelpunkt gestellt hat (18), wäre deshalb ein sittliches

---

Ethik S.423; SPENDEL ZStW 65,528; Th.WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S.65 f; SAX, Grundrechte III 2 S.918; NIPPERDEY, Grundrechte I[1] S.8 ff.

16) so vor allem KANT, vgl. DEL VECCHIO, Rechtsphilosophie S.177

17) Über die Erweiterung des Staatszweckes auf die Wohlfahrtsförderung, die nicht erst auf den Sozialismus zurückgeht, sondern bereits im scholastischen Staatsgedanken ausgedrückt war, vgl.JELLINEK, Allg.Staatslehre S.255 ff; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S.59 ff.

18) vgl.MAUNZ-DÜRING, GG Art.1 Abs.2 Rdnr.17 ff; NIPPERDEY, Grundrechte II S.9

Eingriffsrecht des Staates unvereinbar (19).

3. Wollte deshalb der Staat die Zuwiderhandlung gegen Verwaltungsbefehle nur deshalb ahnden, weil sich der Gewaltunterworfene dadurch eines Ungehorsams schuldig macht, so würde er sich zur moralischen Instanz aufwerfen und das Maß dessen überschreiten, was ihm zur Wahrung des Rechtsfriedens und zur Hebung und Erstrebung der allgemeinen Wohlfahrt an Befugnissen zusteht. Der Staat ist nur da zu strafenden Eingriffen berechtigt, wo der Bürger seine ungehorsame Gesinnung nicht nur formell in einer Tatbestandsverwirklichung, sondern materiell durch Verletzung von rechtlich anerkannten Gütern objektiviert hat. Deshalb ist die verwstrtheoretische Deutung der O w i ä l s r e i n e r U n g e h o r s a m r e c h t s s t a a t l i c h u n h a l t b a r.

19) vgl.SAX, Grundrechte III 2 S.918, der aus Art.1 I GG, dem Grundsatz der Menschenwürde, den Vorrang der sittlichen Entscheidungsfreiheit des Einzelnen gegenüber den Gesinnungseingriffen des Staates herleitet. Auf anderem Wege kommt COING, Grundzüge d.Rechtsphilosophie S.2o5, 213 zum gleichen Ergebnis: da der Staat ein Macht- u. Herrschaftsverband sei, sei er für alle Entwicklungen geistig-sittlicher Art "untauglich".

Z W E I T E R T E I L .

Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem Prinzip der S t r a f w ü r d i g k e i t .

1. K a p i t e l .

Die Abgrenzungskonzeption im grundsätzlichen.

§ 15. H i n f ü h r u n g. Die Notwendigkeit der Abgrenzung nach einem übergeordneten Kriterium. Die Suche nach einem Maßprinzip.

1. Alle bisherigen Abgrenzungsversuche beschränkten sich darauf, im Rahmen des Deliktsbegriffes inhaltliche oder strukturelle Verschiedenheiten zwischen Straftaten und Owi aufzudecken, um an die sich so als unterschiedlich herausstellenden Deliktsgruppen entsprechend verschiedene Rechtsfolgen anzuknüpfen. Das war nicht nur bei jenen Versuchen der Fall, die einen Unterschied im Unrechts- und Schuldgehalt, etwa den reinen Gefährdungscharakter der Polizeidelikte für ausreichend hielten, um einen qualitativen Wesensunterschied zwischen Straftaten und Owi annehmen zu können, sondern auch die verwstrtheoretische Verknüpfung der Abgrenzung mit dem normativen Gegensatz von Justiz und Verwaltung diente letztlich nur dazu, den als einzig maßgeblich angesehenen Unterschied im Unrechtsgehalt normativ zu vertiefen und staatsphilosophisch zu überhöhen. Im Grunde wurde also auch hier ein Element der zu vergleichenden Deliktstypen selbst, der Unrechtssachverhalt, zum Kriterium einer Abgrenzung genommen. Der Vergleich vollzog sich lediglich innerhalb des zu vergleichenden Gegensatzpaares ohne Zuhilfenahme eines außerhalb der abzugrenzenden Bereiche liegenden Maßstabes.

Gegenüber all diesen Versuchen muß die Frage gestellt werden, ob denn ein Unterschied im Deliktssubstrat von Straftaten und Owi überhaupt ausreichen würde, um deshalb verschiedene Rechtsfolgen eintreten zu lassen. Rechtfertigt denn der qualitative Unterschied zweier rechtlich relevanter Sachverhalte, der lediglich im gegenseitigen Vergleich herausgefunden wurde, schon deshalb eine rechtliche Sonderbehandlung beider? Muß sich die Frage, ob zwei Sachverhalte rechtlich verschieden zu behandeln sind, nicht vielmehr nach einem Kriterium richten, das über den beiden rechtlich zu bewertenden Gegenständen steht?

Es sind dies Fragen, die nicht mit dem Abgrenzungsproblem als solchem zusammenhängen, sondern im gesamten Rechtsbereich überall dort auftreten, wo an bestimmte Gegebenheiten bestimmte Rechtsfolgen zu knüpfen sind. Hier offenbart sich dann der besondere Charakter der R e c h t s b e z i e h u n g als n o r m a t i v e Beziehung im Gegensatz zu den Kausalbeziehungen der Naturwirklichkeit. Die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung in der Natur ist eine ontologische, seinsgesetzliche Beziehung; hier löst jede Ursache eine naturgesetzlich notwendige Folge aus. Eine solche kausale Naturgesetzlichkeit gibt es in der normativen Beziehung zwischen Rechtsgegebenheit und Rechtsfolge jedoch nicht (1), sondern die Art und Weise, wie auf bestimmte Erscheinungen des sozialen Lebens rechtlich zu reagieren ist, bestimmt sich nach höheren, übergeordneten Prinzipien (2). An einem Beispiel verdeutlicht heißt das:

---

1) in diesem Sinne aber noch v.HIPPEL, Strafrecht I S.27 Anm.5; für ihn beruhen Rechtsfolgen darauf, "daß das Verhalten des Einzelnen im sozialen Leben kausal (!) notwendig eine seinem Werte entsprechende Beurteilung u. Behandlung im guten wie im bösen Sinne hervorruft".

2) Auf diese Unterscheidung von Naturgesetz u.Normen hat vor allem Hans KELSEN im Anschluß an KANT bei Begründung seiner "reinen Rechtslehre" besonderes Gewicht gelegt; vgl. etwa seine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923,S.8. - Neuerdings ist SAX bei Behandlung dieser Problematik in seiner Monographie über das "strafrechtliche Analogieverbot" S.137,141 ff zu der hier interessierenden Feststellung gekommen, daß die Kausalitätsgesetzlichkeit der Naturwirklichkeit, wonach im Naturgeschehen wesensgleiche Ursachen gleiche Wirkungen haben, sich nicht identifizieren lasse mit dem Gebot der Gerechtigkeit, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, sondern daß die Ver-

wenn jemand eine Ursachenkette für die Tötung eines anderen Menschen auslöst, so ist die naturgesetzliche Folge dieser Handlung notwendig der Tod dieses Menschen. Welche Folgen diese Handlung aber im rechtlich-normativen Bereich hat, ob an die Tat nur eine Schadensersatzpflicht zu knüpfen oder ob der Täter mit dem Tode zu bestrafen ist, dies bestimmt sich nicht nach einem naturgesetzlich festliegenden Prozeß, sondern sollensgesetzlich nach übergeordneten Normen und Zweckerwägungen. Solche Normen können durchaus auch fordern, daß zwei in bestimmter Hinsicht gegensätzlich erscheinende soziale Gegebenheiten aus bestimmten Gründen trotzdem gleich zu behandeln sind.

So stellt sich auch bei der Unterscheidung von Straftaten und Owi die n o r m a t i v e Frage, wie es überhaupt gerechtfertigt sein kann, an die dem Unrecht- oder Schuldgehalt nach möglicherweise unterscheidbaren Deliktsbereiche unterschiedliche Rechtsfolgen in Gestalt von Strafe und Geldbuße anzuknüpfen. Nur wenn sich hierauf eine Antwort geben läßt, wenn sich also ein Prinzip auffinden läßt, das die Sonderbehandlung von Straftaten und Owi rechtfertigt oder sogar fordert, nur dann erlangen etwa aufgewiesene Unterschiede zwischen beiden verbindliche Bedeutung. Deshalb wären die bisherigen Abgrenzungsvorschläge, selbst wenn man ihre Richtigkeit unterstellt, immer nur halbe Lösungen gewesen, da sie die Hauptfrage nach der Berechtigung verschiedener Rechtsfolgen außer Acht gelassen haben.

2. Doch nach w e l c h e m P r i n z i p soll es sich entscheiden, wie die staatliche Gemeinschaft auf bestimmte Typen sozialschädlicher Handlungen reagieren darf? Oder, um die Frage, die in dieser Allgemeinheit gestellt auch das zivilrechtliche Problem des Schadensersatzes umfaßt, auf ihre hier interessierende strafrechtliche Problematik zu beschränken: wonach bestimmt es sich, welche abwehrbedürftigen Unrechtssachverhalte mit Kriminalstrafe und welche

---

bindung von Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen als die äußere Gestalt des Rechtssatzes vielmehr "eingebettet (sei) in den Zusammenhang menschlicher Zweckbestimmung" (S.143 f).

mit anderen Maßnahmen, etwa Geldbuße oder Verwarnung, zu beantworten sind?

Man wird einer Antwort nur näherkommen können, wenn man die besondere Bedeutung der heutigen K r i m i n a l s t r a f e in die Fragestellung mit einbezieht. Die Kriminalstrafe ist mit der nur ihr eigenen sozialethischen Diffamierung des Bestraften (3) das schärfste Mittel, das dem Staat heute gegen Rechtsbrecher zur Verfügung steht. Da die schärfsten Zwangsmittel schon immer - ob zu recht oder zu Unrecht, das mag hier dahingestellt bleiben - zugleich auch als die Wirkungsvollsten angesehen werden, besteht seitens der durch den Rechtsbrecher bedrohten Gemeinschaft immer die Tendenz, die Rechtsbrüche mit Strafen abzuwehren. Deshalb beantwortet die Gemeinschaft die Frage nach der richtigen Rechtsfolge gerne zugunsten der Strafe, eine Tatsache, die durch die Flut von Straftatbeständen in der 1. Hälfte unseres Jhdts. leider nur zu oft bestätigt worden ist. An dieser Stelle kommt dann aber auch der Umschlag in eine andere, n e g a t i v e F r a g e s t e l l u n g : Die Frage nämlich, ob denn auf a l l e Verbrechen und kleinsten Verfehlungen, angefangen vom grausamsten Mord bis zum Vergessen des Führerscheins, mit dem Hauptsanktionsmittel, der sozialethisch deklassierenden Strafe, zu reagieren ist oder ob auf die weniger bedeutungsvollen Unrechtshandlungen nicht besser auf andere, weniger einschneidende Weise zu antworten sei. Somit lautet die Frage nunmehr, unter w e l c h e n V o r a u s s e t z u n g e n man noch S t r a f e androhen und verhängen darf und wann nicht mehr.

Hinter dieser Frage steht das bereits gefühlsmäßig festgewurzelte Empfinden, daß das, was ein Staatsbürger etwa in ruhestörendem Lärm "verbrochen" hat, doch nicht schwer genug sein kann, um deshalb mit Kriminalstrafe belegt zu werden. Es tritt hier das Phänomen zutage, daß das ganz im Interesse der verletzten Gemeinschaft stehende Strafverlangen von einem bestimmten Punkt an zurückgedrängt wird von dem Bedürfnis, den Bestraften vor dem Vergeltungsverlangen eben

---

3) s.u.S. 139 ff.

dieser Gemeinschaft in Schutz zu nehmen. Wichtig ist, daß der zu Strafende damit nicht nur liebend bemitleidet wird, weil ihm etwa die Gerechtigkeit soviel abverlangte, sondern die Parteinahme für den Täter erscheint als Akt der G e r e c h t i g k e i t, in dem sicheren Gefühl, daß in bestimmten Fällen "Strafe" Unrecht wäre.

Es erscheint wesentlich festzustellen, daß hier bewußt oder unbewußt der A u s g a n g s p u n k t a l l e r A b g r e n z u n g s b e m ü h u n g e n liegt. Wäre es nur das Bedürfnis nach theoretischer Unterscheidung oder systematischer Sauberkeit, so hätte sich der ewige Streit um die Abgrenzung angesichts der entmutigenden Mißerfolge längst totgelaufen. Nein, es ist die praktische Sorge um Gerechtigkeit, das nicht unterdrückbare Bedürfnis, sowohl der Tat des Rechtsbrechers wie auch der besonderen Würde der Strafe gerecht werden zu müssen, deshalb Strafe nur da zu verhängen, wo sie das angemessene und berechtigte Mittel ist.

3. In diesem G r u n d s a t z der G e r e c h t i g k e i t sind sich wohl alle einig (4). Aber trotzdem wurde in ihm bisher kaum mehr gesehen als ein programmatischer Leitgedanke, als die kriminalpolitische Rechtfertigung für die Aufteilung des Gesamtstrafrechts in wesensmäßig verschiedene schwere und leichte Delikte. Denn all jene Lehren, die in Unterschieden des Unrechts- und Schuldsubstrats oder in dem Kriterium einer parallelen Kultur- oder Moralwidrigkeit eine Abgrenzung zwischen Straftaten und Owi zu finden hofften, haben sich zu rasch von der normativen Grundfrage gelöst und die Abgrenzung in Momenten gesucht, die aus den anfangs genannten Gründen letztlich gar nicht verbindlich sein konnten. Deshalb bleibt der Versuch zu machen, ob man nicht von der normativen Grundfrage aus, der Frage also, welche Merkmale ein Unrechtssachverhalt haben muß, damit Strafe gerechtfertigt ist, der Abgrenzung

---

4) vgl. etwa COSTA,Rpfl.52,258, für den es "ein Erfordernis der Gerechtigkeit" ist, die Owi nicht mit der Kriminalstrafe zu ahnden; oder Eb.SCHMIDT ZStW 69,362, wonach "etwas Ungerechtes" geschieht, wenn man auf Owi mit Strafen reagiert.

von Straftaten und Owi näherkommen könnte.

Doch nach welchem K r i t e r i u m bestimmt sich, ob Strafe noch gerechtfertigt ist oder nicht? Die Antwort wird das Spannungsverhältnis beachten müssen, in dem hier die Strafe steht. Es ist das Spannungsverhältnis zwischen der Strafe und dem zu Strafenden. Wie aus den kriminalpolitischen Gründen für die Abgrenzung hervorging, soll durch das rechte Maß der Strafe sowohl ihr selbst wie auch dem Rechtsbrecher gedient sein. Diesem soll durch die Gemeinschaft nicht mehr an Übeln aufgelegt werden dürfen, als er durch seine Tat verdient hat; jener soll durch tatentsprechende Verhängung ihre Würde und Wirkungskraft erhalten bleiben. Mit einem Schwert köpft man keine Disteln; ebenso muß die Strafe durch Übermaß und Mißbrauch abstumpfen.

4. Dieses Gleichgewicht von Strafe und Tat ist am besten ausgedrückt in dem Gedanken der S t r a f w ü r d i g k e i t : Strafe nur jener Tat, die der Strafe würdig ist.

Die Strafwürdigkeit ist als solche ein schon lange geläufiger Begriff (5). Doch erst bei v. HIPPEL (6) ist er in seiner möglichen Bedeutung als Unterscheidungskriterium erkannt. Später schlägt GALLAS (7) vor, "das Verbrecherische vom sonstigen Unrecht" nach dem"besonderen Strafwürdigkeitsgehalt der Tat zu scheiden". Ebenso taucht bei einer Entscheidung des BVerfG (8) sowie bei JESCHEK (9), WIMMER (10) und bei Rich. LANGE (11), der Gedanke der Straf-

---

5) so fordert etwa schon KOHLRAUSCH, Irrtum u. Schuldbegriff im Strafrecht, 1903,S.23 in lapidarer Kürze: "Eine Handlung, die mit Strafe bedroht wird, muß strafwürdig sein!" Damit will er jedoch, wie der Nachsatz zeigt, nur gegen jene Meinung polemisieren, die in der Strafdrohung das strafbarkeitsbegründende Merkmal sieht.
6) Strafrecht I S.37
7) ZStW 67,23
8) NJW 58,1964
9) JZ 59,461
10) DRZ 1948,118
11) vgl. LANGE, Dt.Landesreferate 1958,220; auch in KOHLRAUSCH-LANGE S.72 weist LANGE darauf hin, daß die Trennung der bei den Strafrechtsbereiche von der Frage, ob "Strafe verdient" sei, ausgegangen sei; unrichtig ist dabei die Gleichsetzung dieses Gedankens mit dem Schuldgrundsatz. Auch handelt es sich beim Problem des Strafe-verdienens nur um eine Teilsicht der Strafwürdigkeit; vgl. im einzelnen u. § 17, S.145 ff.

würdigkeit in seiner Bedeutung als Unterscheidungsprinzip auf.

Aber auch bei diesen Autoren, welche die Strafwürdigkeit als Ausgangsprinzip für die Abgrenzung von Straftaten und Owi herausstellen, ist dieses Prinzip nicht mehr als ein Leitmotiv des Rechtsgefühls, das als solches in der weiteren Abgrenzungsargumentation selbstverständlich unbrauchbar sein muß. Demgegenüber bleibt zu untersuchen, ob das Strafwürdigkeitsprinzip nicht doch mehr ist als ein praktisch unverwertbares Prinzip des Rechtsgefühls; ob sich in ihm nicht r a t i o n a l e Strukturen und Inhalte aufdecken lassen, die es als allgemein erkennbaren und wiederholbaren Begriff zu einem p r a k t i k a b l e n M a ß s t a b für die Abgrenzung von Straftaten und Owi machen. Denn ließe sich sagen, welche rational erfaßbaren Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein Delikt strafwürdig ist, dann könnten auch die nichtstrafwürdigen von den strafwürdigen Unrechtssachverhalten abgeschieden werden. Damit wäre zugleich die Grenze gefunden, die der Strafe in ihrem besonderen sozialethischen Gehalt gerecht würde.

5. Damit sind die n ä c h s t e n S c h r i t t e unserer Untersuchung vorgezeichnet. Zunächst ist die Strafwürdigkeit insoweit begrifflich zu analysieren, als sich in ihr rationale Elemente aufweisen lassen. Dem wird sich die praktisch entscheidende Frage anschließen, ob die so herausgehobenen Elemente der Strafwürdigkeit rational klar genug erfaßbar sind, um ein praktikabler Maßstab für die Abgrenzung von Straftaten und Owi zu sein.

§ 16. Die S t r a f w ü r d i g k e i t. Ihre Mehrdeutigkeit. Ihre Behandlung in der Rechtslehre.

I Vorbemerkung.

Der Gedanke der Strafwürdigkeit ist in der heutigen strafrechtlichen Literatur ein sehr beliebter und vielfach gebrauchter Ausdruck. Doch sei es, daß man die Strafwürdigkeit

in ihrer eigentlichen Bedeutung noch nicht erkannt oder daß man sie mehr zum Bereich des Irrationalen gerechnet hat und eine rationale Erhellung deshalb für ein fruchtloses Unterfangen hielt, jedenfalls sind die A u s s a g e n über das, was unter "Strafwürdigkeit" näherhin zu verstehen ist, bisher recht spärlich geblieben. Selbst bei v. HIPPEL, der wohl als erster die Bedeutung der Strafwürdigkeit für das Abgrenzungsproblem erkannt und mehrmals hervorgehoben hat (1), werden für eine danach auszurichtende Unrechtsbewertung lediglich "mannigfache Umstände" (2) aufgeführt, deren Umfang und Grenze durch die verlegen-unbesorgte "usw"-Floskel völlig offenbleiben.

Einzig SAUER, SCHMIDHÄUSER und SAX haben sich, soweit ersichtlich, mit der inhaltlichen Gestalt der Strafwürdigkeit im einzelnen befaßt. Eine Darstellung und Würdigung dieser Aussagen kann jedoch dann erst sinnvoll und ersprießlich sein, wenn man sich klar gemacht hat, um welche Bedeutung der Strafwürdigkeit es im gegenwärtigen Zusammenhang geht. Denn vorab aller inhaltlichen Ausgestaltung läßt sich Strafwürdigkeit in d r e i e r l e i S i n n verstehen, aber nur in einem Sinn ist sie hier von Interesse. Hält man an dieser grundsätzlichen Unterscheidung fest, so müssen die Deutungen von SAUER und SCHMIDHÄUSER schon deshalb an Bedeutung für das Abgrenzungsproblem verlieren, weil sie eine andere Strafwürdigkeit meinen.

II. Die M e h r d e u t i g k e i t des Strafwürdigkeitsbegriffes.

Mit Wilhelm SAUER (3) muß zunächst unterschieden werden zwischen der Strafwürdigkeit als Sammelbegriff aller Voraussetzungen, welche für die Strafbarkeit von Verhaltensweisen überhaupt maßgeblich sind, und der Strafwürdigkeit als Sammelbegriff aller Umstände und Erwägungen, die über

---

1) vgl. Strafrecht I S.37, II S.98, 118.
2) nämlich: "Wert des geschützten Rechtsguts, Umfang seiner Beeinträchtigung, Art des Angriffs, Schuld des Täters usw", Strafrecht II S.98
3) Allg. Strafrechtslehre S.19

Ausmaß und Ausgestaltung des konkreten richterlichen Strafausspruches bestimmen.

Die e r s t e B e d e u t u n g fragt, unter welchen Voraussetzungen menschliches Verhalten überhaupt strafrechtlich ahndbar ist; in diesem Sinne fragt der Gesetzgeber nach der Strafwürdigkeit einer Tat.

Die z w e i t e B e d e u t u n g fragt, welches Strafmaß im konkreten Entscheidungsfalle anzulegen ist; diese Frage muß sich der Richter bei der Urteilsfindung stellen, denn es handelt sich hier um Strafwürdigkeit als Maßstab der Strafzumessung.

Zwischen diese beiden Bedeutungen schiebt sich nun eine weitere, d r i t t e, nämlich die Strafwürdigkeit als Kurzformel für jene Voraussetzungen, unter denen ein ahndungswürdiges und -bedürftiges Verhalten speziell mit "Strafe" sanktioniert werden darf. Es geht hier also nicht mehr nur um die Feststellung, welche sozialschädlichen Handlungsweisen staatlicherseits geahndet werden dürfen - dies zu bestimmen ist Aufgabe der zuerst besprochenen Strafwürdigkeit im weiteren Sinne -, sondern es wird weiter gefragt, wann eine Verhaltensweise, deren grundsätzliche Ahndbarkeit bereits als zulässig erkannt ist, im besonderen mit dem Sanktionsmittel der Strafe beantwortet werden soll und darf. Nur um diese " S t r a f " - w ü r d i g k e i t i m e n g e r e n S i n n e geht es im Rahmen der Abgrenzungsproblematik. Mit ihr als Maßstab soll darüber entschieden werden, welche zu ahndenden Handlungen speziell der Strafe würdig und deshalb als Straftaten zu normieren sind und welche restlichen als einer Bestrafung nicht würdig und nur als Owi behandelt werden können.

III. Die Strafwürdigkeit bei S A U E R.

SAUERs Definition der Strafwürdigkeit als der "Inbegriff der normativen Strafvoraussetzungen für Gesetz und Urteil gemäß den Anforderungen der Rechtsidee (der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls)" (3) bleibt schon wegen des idealen

3) Allg. Strafrechtslehre S.19

Verständnisses dieser Strafwürdigkeit als die der Rechtsidee am nächsten kommende regulative Idee, welche in den Strafbarkeitsvoraussetzungen (Gesetz) und den Strafbemessungsgründen (Urteil) ihre Konkretisierung erfährt (4), über alle Lebenswirklichkeit erhaben und damit formal und inhaltslos. Einer inhaltlichen Bestimmung kommt man nur durch Betrachtung der Strafvoraussetzungen näher, in denen nach SAUER die regulative Idee der Strafwürdigkeit ihre gesetzliche Konkretisierung findet; die so "konkrete Strafwürdigkeit" erhält ihren Inhalt durch Unrecht und Schuld (5), speziell durch den materiellen Unrechts- und Schuldbegriff (6). Da für SAUER Unrecht und Schuld, d.h. der materielle Verbrechensbegriff, im "moralwidrigen Hinwirken auf einen sozialschädlichen (gemeinschaftswidrigen) Erfolg" besteht (7), so definiert sich das strafwürdige Verhalten für ihn als "eine schwere, sozialethisch kulturell unerträgliche Verletzung der Ideen der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls" (8). Hiernach ergeben sich als E l e m e n t e d e r S t r a f w ü r d i g k e i t (im Sinne der Strafvoraussetzungen) die S o z i a l s c h ä d l i c h k e i t der Tat und die s o z i a l e t h i s c h e V e r w e r f l i c h k e i t der Gesinnung (9).

Nun versteht SAUER seinen Strafwürdigkeitsbegriff selber sicherlich nur im oben dargelegten weiten Sinne; denn da er sowohl einen sachlichen Unterschied zwischen Kriminalstrafrecht und Owi-Recht als auch einen Wesens-, Zweck- oder Inhaltsunterschied von Strafe und Geldbuße grundsätzlich verneint (10), stellt sich ihm das Problem einer "Straf"würdigkeit i.e.S. überhaupt nicht. Das würde jedoch prinzipiell nicht hindern wenigstens Anhaltspunkte für den spe-

---

4) Für SAUER ist die Stufenleiter "Strafwürdigkeit-Strafvoraussetzungen-Strafbemessungsgründe" nur eine Teilerscheinung der großen Rangfolge": "Rechtsidee- Gesetz-Urteil"; aaO S.20
5) vgl. aaO S.19,233,234
6) vgl. aaO S.25
7) aaO S.26
8) aaO S.28
9) vgl. aaO S.21
10) aaO S.30

ziellen Strafwürdigkeitsbegriff zu gewinnen. Aber das ist praktisch kaum möglich. Mußte SAX (11) schon im Hinblick auf den Strafwürdigkeitsbegriff SAUERs i.w.S. kritisieren, daß er zu allgemein und ungreifbar an der selber rational nicht faßbaren Rechtsidee ausgerichtet sei, so wird dieser Mangel rationaler Faßbarkeit noch spürbarer, wenn der Abstand von der regulativen Idee noch größer wird, wenn also nicht nur über die allgemeinen Strafvoraussetzungen entschieden werden soll, sondern darüber hinaus die spezielle Angemessenheit der Strafe zu bestimmen ist.

Auch die Gedanken der Sozialschädlichkeit und der sozialethisch-verwerflichen Gesinnung helfen hier nicht weiter; denn wenn man die S o z i a l s c h ä d l i c h k e i t kennzeichnet als "ein Wirken, das in seiner allgemeinen Tendenz generalisiert der staatlichen Gemeinschaft mehr (ideell-kulturellen)Schaden als Nutzen gewährt" (12), dann läßt sich mit dieser weit gefaßten Sozialschädlichkeit, die ja jede kleinste Nachlässigkeit erfaßt, kaum noch ein Gleichmaß mit der ungleich massiveren Strafe finden.

Auch die s o z i a l e t h i s c h e V e r w e r f l i c h k e i t, der in der Tat eine wesentliche Bedeutung für die Strafwürdigkeit i.e.S. zukommt, verliert bei SAUER wieder dadurch alle rationale Greifbarkeit, daß sie ohne faßbare Zwischenwerte direkt an den regulativen Ideen der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls gemessen wird (13). Dadurch wird sie als praktischer Maßstab unbrauchbar (14).

---

11) Grundrechte III 2 S.923 Anm.44, 924 Anm. 49
12) aaO S.56
13) aaO S.26 f.
14) SAUER muß die Unmöglichkeit einer rationalen Erfassung seiner Höchstwerte und damit auch des Strafwürdigkeitsbegriffes selber gespürt haben; denn die Angriffe der von ihm sog."Formaljurisprudenz" gegen die "hochabstrakte und allgemeine Natur" seiner regulativen Ideen weiß er im Endergebnis nur mit dem Hinweis abzuwehren, daß der erfahrene Jurist ebensowenig der Strafzumessungsregeln bedürfe wie die genialen Künstler der ästhetischen Regeln. Auch habe jede "moralisch feinfühlige Person" ein"sicheres Empfinden (!) für die Strafwürdigkeit eines Verhaltens". Leider kennt aber die Lebenswirklichkeit nur wenig geniale Künstler, und bleibt es nicht auch für die

IV. Die Strafwürdigkeit bei Eb. S C H M I D H Ä U S E R.

Auch die Ausgestaltung der Strafwürdigkeit, wie sie Eberhard SCHMIDHÄUSER in seinen "Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht" entwickelt hat (15), ist für eine Abgrenzung von Straftaten und Owi nicht brauchbar. Das erklärt sich weniger daraus, daß sich für SCHMIDHÄUSER, der einen Wesensunterschied zwischen Straftaten und Owi grundsätzlich leugnet (16), die Frage nach der Strafwürdigkeit i.e.S. kaum stellt, als vielmehr aus seiner begrenzten Zielsetzung (17) und noch stärker aus seiner dogmatisch engen Unrechts- und Schuldauffassung. Denn die Strafwürdigkeit ist für SCHMIDHÄUSER letzlich nur das Tor, durch das den praktischen Bedürfnissen der Lebens- und Rechtswirklichkeit, die in der formalistischen Enge seines Unrechts- und Schuldbegriffes keinen Raum haben, Zugang und Beachtung bei der Straftatbestandsbildung verschafft werden soll. Ein kurzer Blich auf SCHMIDHÄUSERs Lehre möge dies verdeutlichen.

Für SCHMIDHÄUSER ist das U n r e c h t als "sozialethisch-wertwidriges W i l l e n s v e r h a l t e n, das zugleich einem staatlichen Verbot (oder Gebot) zuwiderläuft", u n a b s t u f b a r (18). Ein "mehr verboten" oder "weniger verboten" gibt es nicht, auch dann nicht, wenn man die Möglichkeit wertrangverschiedener Ziele in Betracht zieht; denn sittlich-wertwidrig ist das Unrecht allein schon als sich äußerndes Willensverhalten, ungeachtet des Erfolges (19). Etwas anders liegt es bei der S c h u l d : sie ist zwar als unrechtliche Gesinnung, d.h. als "sittlich-wertwidriges g e i s t i g e s V e r h a l t e n" (20)

Rechtsgestaltung ein zweifelhaftes Wagnis, sich auf das "sichere Empfinden" des Gesetzgebers zu verlassen? Ein gewisses Maß von rationaler Sicherheit muß erreicht werden.

15) Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S.210 ff.
16) aaO S.166 Anm.33
17) denn SCHMIDHÄUSER geht es hauptsächlich um die Abstufbarkeit des Unrechts.
18) aaO S.207
19) aaO S.209
20) vgl. im einzelnen aaO S. 174 ff.

auch nicht abstufbar, da es insoweit nur um den Richtungsunwert des geistigen Verhaltens geht. Aber Schuld ist a b s t u f b a r als " v e r w e r f l i c h e G e s i n n u n g " und insofern abhängig von der Werthöhe des angegriffenen Rechtsgutes (21).

Aber auch durch diese Abstufbarkeit der Schuld als verwerfliche Gesinnung läßt sich nur die Verwerflichkeit seelisch-geistiger Sachverhalte auffangen (22), nicht aber äußere Momente wie Vollendung oder Versuch, Ausmaß des Schadens oder Häufigkeit des Delikts.

An diesem Punkt soll nun der Gedanke der S t r a f w ü r d i g k e i t weiterhelfen; denn in der über Unrecht und Schuld hinausgehenden Strafwürdigkeit sollen alle jene Strafbarkeitsmomente erfaßt werden, die in dem rein sozialethisch aufgefaßten Unrechts- und Schuldbegriff keinen Platz haben; das sind vor allem die über die sozialethische Mißbilligung hinausgehenden, im Interesse des gedeihlichen Gemeinschaftslebens verfolgten Zwecke des staatlichen Strafens (23).

Es bedarf keiner weiteren Wiedergabe des Strafwürdigkeitsgedankens, wie ihn SCHMIDHÄUSER versteht, um bereits seine entscheidenden M ä n g e l zu erkennen. Sie liegen weniger darin, daß hier die Strafwürdigkeit offensteht für eine Unzahl von Momenten; denn die Vielgestaltigkeit des Lebens könnte dies rechtfertigen. Dagegen wird der Strafwürdigkeitsbegriff SCHMIDHÄUSERs zumindest für das Abgrenzungsproblem dadurch unbrauchbar, daß sein Inhalt von den praktischen Zwecken staatlichen Strafens abhängen soll, also nur Formalhülse für die inhaltliche Ausgestaltung durch konkrete Strafzwecke ist. Er wird nämlich dadurch nicht nur ins Ufer-

---

21) aaO S.209
22) SCHMIDHÄUSER aaO S.211, läßt nämlich die Tatsachen des objektiven und subjektiven Tatgeschehens nur insoweit für die Bestimmung der verwerflichen Gesinnung maßgeblich sein, als "sie im Wege seelisch-geistigen Verstehens die Verwerflichkeit der Gesinnung des Täters bezüglich der unrechten Tat erkennen lassen".
23) aaO S.210

lose ausgeweitet, sondern das weit gefährlichere ist, daß er durch seine Abhängigkeit von den kriminalpolitischen Zielsetzungen des strafenden Staates variabel und manipulierbar wird. Stehen diese Zwecke nicht unverrückbar fest - und das tun sie wahrlich nicht (24) - und werden sie darüber hinaus von praktischen Bedürfnissen entscheidend mitbestimmt, so gibt man einem gewissenlosen Strafgesetzgeber ein äußerst gefährliches Instrument in die Hand; denn er brauchte seine Strafzwecke nur mit dem formalen Mantel der Strafwürdigkeit zu umkleiden, um seinem Tun den Schein von Gerechtigkeit zu verleihen. Solange sich deshalb dem Strafwürdigkeitsbegriff kein feststehender m a t e r i a l e r K e r n abgewinnen läßt - und das hat SCHMIDHÄUSER offenbar gar nicht angestrebt - wird man ihn kaum als Maßprinzip für die Abgrenzung von Straftaten und Owi heranziehen können.

V. Solch ein unverrückbares Element der Strafwürdigkeit hat erstmals W. S A X (25) in seiner Erforschung des Strafwürdigkeitsbegriffes aufgewiesen: es ist ein Merkmal, das der Strafe über alle Zweifel um ihr Wesen und ihre Zwecke hinweg unbestritten zukommt, nämlich ihr R e a l g e h a l t als massive sittliche Mißbilligung, als sozialethisch deklassierender Tadel. Nimmt man die Strafe in dieser Gestalt in den Strafwürdigkeitsbegriff hinein, so lassen sich sehr wohl rational erfaßbare Elemente und Strukturen aufdecken, die auf eine entsprechende Abtrennung der nichtstrafwürdigen Unrechtssachverhal-

---

24) vgl. KOHLRAUSCH-LANGE Vorb.A III 4 vor § 13 zur unaufhaltsamen Entwicklung und Wandlung der Strafrechtszwecke. U.a. weist LANGE darauf hin, daß auch bei den einzelnen Deliktsgruppen die Strafzwecke jeweils ganz andere sein könnten; bei Hochverrat überwiege der Gedanke der Generalprävention, bei Mord der Sühne- und Vergeltungsgedanke, bei Diebstahl stünde die Spezialprävention im Vordergrund. Wie sollte man da zu einem allgemeingültigen Strafwürdigkeitsbegriff kommen können?

25) vgl. bereits SAX ZStW 69,417; ausführlicher Grundrechte III 2 S.924

te hinzuführen vermögen.

Dieser Strafwürdigkeitsbegriff von SAX ist in seinen Grundzügen für die folgende Darstellung vorbildlich gewesen, sodaß es sich erübrigt ihn hier vorweg besonders zu erörtern. Soweit sich Abweichungen ergeben, ist entsprechend darauf einzugehen.

§ 17. Die Strafwürdigkeit: Ihre Struktur. Ihre Elemente.

I. Eine erste Strukturanalyse der Strafwürdigkeit.

Man wird dem Begriff der Strafwürdigkeit rational wohl leichter beikommen können, wenn man ihn zunächst in seine etymologischen Bestandteile zerlegt. Man erhält dadurch die Begriffe der "Strafe" und der "Würdigkeit". Ihr Sinnzusammenhang wird sich weiter am besten erschließen, wenn man sich den grundlegenden strukturellen Unterschied der beiden Begriffe klar macht.

a). Die Strafe, um mit dem geläufigeren und anschaulicheren Begriff zu beginnen, ist in jedem Falle, mag man nun ihren Zweck oder ihre reale Gestalt im Auge haben, ein inhaltlicher, in sich geschlossener Begriff. Das will besagen, daß er schon aus sich selbst heraus einen Aussagegehalt hat und einen bestimmten Sachverhalt inhaltlich zum Ausdruck bringt. Mögen die Vorstellungen von Strafe noch so verschieden sein, in jedem Falle verbindet sich mit dem Begriff der Strafe ein bestimmtes Bild: sei es das der Vergeltung, der Übelszufügung oder sittlichen Diffamierung.

b) Nicht so beim Begriff der Würdigkeit. Sie enthält nicht einen vergleichsweise so bestimmten inhaltlichen Aussagegehalt, sondern verkörpert nur ein formales Strukturverhältnis. Würdigkeit ist nur Ausdruck eines bestimmt gearteten Beziehungsverhältnis-

s e s; denn mit "würdig" verbindet sich notwendig die Frage: würdig in Bezug auf wen oder was. Von Würdigkeit kann man deshalb nur im Hinblick auf wenigstens zwei Gegenstände sprechen, die miteinander verglichen werden: der eine ist des anderen, oder das eine ist in Bezug auf das andere würdig oder nicht. So sagt Würdigkeit strukturell zunächst eine Beziehung aus.

Diese Würdigkeitsbeziehung muß jedoch weiter eine bestimmte Eigenschaft haben; sie muß der Ausdruck von Gleichartigkeit oder besser: G l e i c h w e r t i g k e i t der in Beziehung gesetzten Gegenstände sein.

In dieser rein formalen Förderung nach Gleichheit oder wenigstens Angemessenheit der auf einander bezogenen Objekte ist der Aussagegehalt von Würdigkeit aber auch schon erschöpft. Vor allem vermag sie nichts über die zu vergleichenden Gegenstände auszumachen. Denn inhaltliche Folgerungen lassen sich aus der Würdigkeit erst ziehen, wenn der eine Gegenstand als Maßstab eingesetzt und der andere unter der Forderung nach Gleichwertigkeit daran gemessen wird. Dann erst läßt sich sagen, welche Eigenschaften der zu bewertende Gegenstand haben muß, um des anderen würdig zu sein.

c) Auch bei der S t r a f w ü r d i g k e i t braucht es zwei Vergleichsgegenstände: es ist einerseits die Strafe, andererseits sind es die zu bestrafenden Unrechtssachverhalte. Handelt man von Strafwürdigkeit, fragt man also danach, wann etwas der Strafe würdig sein kann, so kommt in dem von der Würdigkeit geforderten Gleichwertigkeitsverhältnis folglich der Strafe die Funktion des Maßstabes zu, während die Unrechtssachverhalte die Bewertungsobjekte sind, also daraufhin zu prüfen sind, welche Merkmale sie haben müssen, um zur Strafe in einem angemessenen Verhältnis zu stehen.

Freilich konnte in dieser elementaren Analyse der Strafwürdigkeit nur ihre Struktur freigelegt werden. Sie weist in der Würdigkeit einen Beziehungsbegriff auf, in der Strafe einen Gehaltsbegriff, der als Maßstab des Würdigkeits-

verhältnisses für die Bewertung der Unrechtssachverhalte ausschlaggebend ist. Somit werden sich inhaltliche Forderungen der Strafwürdigkeit erst dann erschließen lassen, wenn die Strafe in ihrem Inhalt festgelegt ist.

II. Die S t r a f e als Element der Strafwürdigkeit.

1. Wenn die Strafe Maßstab der Strafwürdigkeit sein soll, dann kommt ihrer Auslegung eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Umso mehr scheint es in Anbetracht des erbitterten und endlosen Kampfes, der um Wesen und Zweck der Strafe geht, ein fruchtloses Unterfangen, einen solch umstrittenen, mehrdeutigen und vielschichtigen Begriff wie den der Strafe (1) zum Kernpunkt eines Abgrenzungskriteriums zu machen. In der Tat mußte ja bereits zu SCHMIDKÄUSERs Strafwürdigkeitsbegriff kritisch vermerkt werden, daß er die Zwecke des staatlichen Strafens zur Bestimmung der Strafwürdigkeit herangezogen hat (2), mit der Folge, daß je nach der herrschenden kriminalpolitischen Zielsetzung der Strafwürdigkeitsbegriff ein anderer ist und das Hauptziel, die gleichbleibend einheitliche Bewertung der Unrechtssachverhalte, illusorisch, ja unmöglich wird. Behält man das praktische Ziel der Strafwürdigkeitsbestimmung im Auge, so kann deshalb hier nicht von den Zwecken oder dem Wesen der Strafe ausgegangen werden; denn es gäbe dann ebensoviele Begriffe der Strafwürdigkeit wie es Deutungen der Strafe gibt. Auf diesem Weg kommt man nicht weiter.

Es ist darum nach einem Erscheinungsbild der Strafe zu suchen, das unverrückbar mit ihr verbunden ist, das nicht beliebig verändert oder wesentlich umgedeutet werden kann. Es ist dies die S t r a f e in ihrer Realität, in ihrer tatsächlichen Erscheinung, in ihrem R e a l g e h a l t,

---

1) Es ist hier nicht der Ort, die unüberschaubare Literatur zu diesem Thema auch nur anzuführen (vgl. dazu etwa die ausführliche Darstellung bei v.HIPPEL, Strafrecht I S.457ff neuerdings auch v. OSTMAN, Das Wesen der Strafe, S.19 ff); denn wie sich noch zeigen wird, sind die Strafzwecke für den Begriff der Strafwürdigkeit nebensächlich.

2) s. näher o.S.135 f.

so also wie sie sich hic et nunc für den Bestraften einerseits und die strafende Gemeinschaft andererseits darstellt. Dadurch wird die Problematik der Strafzwecke für die Strafwürdigkeit mit Recht nebensächlich; denn ebenso wie die Rechtsbrüche, die unter dem Kriterium der Strafwürdigkeit zu bewerten sind, in ihrer Tatsächlichkeit und in ihren realen Auswirkungen zu betrachten sind, so geht es auch bei der hier gestellten Strafwürdigkeitsfrage, der Frage also, unter welchen Voraussetzungen die reale und sozialethische Wirkung der Strafe die gleichwertige Reaktion auf sozialschädliche und sozialunwertige Handlungsweisen ist, nur um die Strafe in ihrer Tatsächlichkeit. Als solche aber ist sie, wie bereits S A X (3) in seiner Erörterung der Strafwürdigkeit festgestellt hat, sowohl ein massiver Eingriff in wesentliche Güter des Bestraften, als auch ein sozialethisch mißbilligendes Unwerturteil über ihn.

2. Diese beiden realen Elemente der Strafe, nämlich der Gütereingriff und das sozialethische Unwerturteil, bedürfen jedoch noch einer kurzen Betrachtung, da sie in dieser Form noch nicht Allgemeingut der heutigen Strafrechtswissenschaft geworden sind, aber gerade so für den Strafwürdigkeitsbegriff bedeutsam sind.

a) So wird die e i n g r e i f e n d e und die Lebensgüter des Bestraften b e s c h r ä n k e n d e W i r k u n g der Strafe in Anlehnung an den von Hugo GROTIUS formulierten, aber über Thomas v. AQUIN und AUGUSTIN bis in die Antike zurückreichenden Gedanken, daß auf das Übel der Tat mit einem Übel des Leidens zu antworten sei (4), auch heute noch überwiegend als tatgemäße Ü b e l - oder L e i d e n s z u f ü g u n g hingestellt (5). Damit wird man jedoch der Wirklichkeit der Strafe nicht mehr ganz gerecht.

---

3) Grundrechte III 2 S.924.
4) Hugo GROTIUS, De iure belli ac pacis, lib.II. cap.XX (de poenis): Poena est malum passionis, quod confligitur propter malum actionis"; zit. nach v.HIPPEL Strafrecht I S.260; zur Unvollständigkeit dieser Definition s.SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954,S.71 f,77. Vgl. auch PFANDER SchwZStr.61,184.
5) vgl. etwa SAUER, Allg. Strafrechtslehre S.248; H.MAYER, Strafrecht S.358; MEZGER AT S.261; WELZEL, Strafrecht S. 200; MAURACH AT S.59

Denn ganz abgesehen von den mehr rechtspolitischen Forderungen S T O C K s (6), daß die Strafe nicht mehr nur wie früher "planvolle Zufügung körperlicher oder seelischer Schmerzen" sein dürfen, sondern der Täter seine Übeltat durch eine "aktive und positive Leistung", eine sozialnützliche Tat gegenüber der Gemeinschaft des Volkes rechtlich auszugleichen habe" (7), übersieht die Charakterisierung der Strafe als Übelszufügung, daß der Täter die Strafe ja auch willig als Anlaß und Gelegenheit zur Sühne annehmen kann. Für diesen Fall aber verliert die Strafe ihren Charakter als Übel; der Sühnewillige wird sie als Brücke zur schuldbefreienden Rückkehr in die Gemeinschaft dann sogar willkommen heißen. Aus ähnlichen Erwägungen, gestützt auf sozialpsychologische Untersuchungen, lehnt auch Helene P F A N D E R (8) den Übelscharakter als reales Begriffsmoment der Strafe ab und spricht stattdessen mit Rücksicht auf den dem Strafrecht notwendig inhärenten Zwang vom " Z w a n g s c h a r a k t e r " der Strafe (9).

Aber trotzdem ist die Strafe in ihrer realen Auswirkung mehr als nur Zwang; denn selbst dann, wenn der Bestrafte dem Aufruf zur aktiven Sühneleistung nachkommt und insoweit auch der Zwang zurücktritt, so bleiben doch die mit der Strafverhängung verbundenen Freiheitsbeschränkungen, Vermögenseinbußen und Ehrminderungen in jedem Falle bestehen (10). Deshalb muß auch bei Verzicht auf die vordergründig verallgemeinernde Charakterisierung der Strafe als Übel der Sachunwertgehalt der Strafe immer noch in der G ü t e r - und

---

6) Ulrich STOCK, Die Strafe als Leistung, Ann-Uni-Sar 1952, 97 ff; Mezger-Festschrift S.430 f.
7) Im gleichen Sinne muß nach DEL VECCHIO, Gerechtigkeit S.183, dem malum passionis ein "bonum actionis" entgegengestellt werden; denn eine wahrhafte Wiederherstellung der Folgen des Bösen gebe es nur durch das Gute. Ähnlich auch RADBRUCH, Wilhelm FUCHS, vgl. v. OSTMAN, Das Wesen der Strafe S.137.
8) SchwZStr 61,186 ff,189
9) Ähnlich spricht v. OSTMAN aaO S.141 von "Zwangssühne".
10) vgl. DEL VECCHIO, Gerechtigkeit S.183, wonach auch von der Pflicht zum bonum actionis ein gewisser Schmerz nicht ferngehalten werden könne.

W e r t e i n b u ß e, in dem massiven Eingriff in hohe Lebensgüter des Bestraften gesehen werden (11).

b) Neben diesem Eingriff in die äußere Güterwelt des Bestraften wurde die in der Strafe zum Ausdruck gebrachte s o z i a l e t h i s c h e M i ß b i l l i g u n g des Täters bisher recht wenig beachtet (12). Das verwundert umso mehr, als die Strafe schon etymologisch die Bedeutung von tadeln und schelten hat (13). Ist dies auch noch kein ausreichender Grund, um in der Strafe heute einen sozialethischen Tadel zu sehen, so spricht desto deutlicher die Erfahrung des Alltags von den diffamierenden und sozialethisch erniedrigenden Folgen jeder Strafe. Deshalb ist eine Realbestimmung der Strafe nur vollständig, wenn man neben ihrer gütereingreifenden Wirkung auch das in ihr enthaltene sozialethische Unwerturteil und die mit ihr verbundene c a p i t i s d e m i n u t i o gebührend berücksichtigt (14).

3. An dieser Stelle sind noch zwei E i n w ä n d e abzuwehren, die gegen die Verwendbarkeit des realen Strafbegriffes für die Strafwürdigkeit erhoben werden könnten.

a) Zum ersten könnte man bezweifeln, ob das, was sich heute als reale und geradezu zwangsläufige Folge der Strafe darstellt, schon von Anfang an notwendige Konsequenzen der Strafe waren oder ob sie nicht zunächst einmal nur Zwecke des Strafens waren, aber dann durch jahrhundertelange Übung und Gewohnheit den Anschein einer Folge bekommen haben. Träfe das zu, so wäre damit der sichere Boden der Realität wieder verlassen und man wäre nun doch bei den hier als gefährlich, weil als auswechsel- und disponierbar

---

11) Im gleichen Sinne NOWAKOWSKI; Rittler-Festschrift S.64.
12) Für die ältere Literatur weist PFANDER SchwZStr 61,192 auf die vereinzelte Stimme v. BARs und seine Theorie der sittlichen Mißbilligung hin.
13) v.HIPPEL, Strafrecht I S.2 mit Anm.2.
14) In diesem Sinne heute auch PFANDER SchwZStr 61,191; LANGE, Materialien I S.75; JESCHEK, Sitzungsniederschrift I S.359; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale S.210

erkannten Strafzwecken angekommen.

Hinsichtlich der güterbeschränkenden Wirkung der Strafe kann dieser Einwand keinesfalls zutreffen; denn eine Beschneidung wesentlicher Rechtsgüter des Bestraften ist die Strafe immer.

Andererseits muß aber wohl eingeräumt werden, daß der sittlich deklassierende Charakter der Strafe nicht notwendig eine reale Auswirkung des Strafausspruches sein muß, sondern daß dieses Strafmoment nur infolge langjähriger Anschauung und Gewohnheit, anfänglich von der strafenden Gemeinschaft nur bezweckt oder erstrebt, heute als zwangsläufige Begleiterscheinung der Strafe angesehen werden kann. Dieser diffamierende Charakter der Strafe hat sich durch die lange Strafpraxis jedoch derart fest mit dem Ausspruch einer Kriminalstrafe verbunden, daß er zumindest hic et nunc von der Strafe als realem Sachverhalt nicht mehr getrennt werden kann. Man braucht hier nicht nur an die rechtlichen und beruflichen Nachteile zu denken, die sich speziell aus dem Strafregistereintrag für den Bestraften ergeben können; denn mag die Geldstrafe noch so gering sein, die bei solchen Anlässen sich als schadenfreudig entpuppende Volksseele wird sich die Gelegenheit nicht entgehen lassen, den bisher vielleicht hochgeachteten Mitbürger gesellschaftlich zu entthronen und auch die kleinen Spritzer an seinem sonst unbefleckten Mantel seiner Ehre anzuprangern. Solche Volksanschauungen können nicht von heute auf morgen geändert werden. Das hat sich bei den heftigen Diskussionen der Großen Strafrechtskommission um die Beibehaltung der Zuchthausstrafe gezeigt (15). Wenn diese auch in der künftigen Strafrechtspflege noch erscheinen wird, dann nicht zuletzt deshalb, weil die Zuchthausstrafe im allgemeinen Volksbewußtsein einen gesteigerten sittlichen Tadel enthält, der ohne Verzerrung und Verschiebung der bisher gül-

---

15) vgl. vor allem die Ausführungen von JESCHEK, LANGE, BALDUS u. RÖSCH in Sitzungsniederschrift I S.82,89 ff, 358 ff.

tigen Wertmaßstäbe nicht einfach ersatzlos gestrichen werden kann (16).

Es darf deshalb noch einmal betont werden: die capitis deminutio mag ursprünglich nur eine mit der Bestrafung verfolgte Absicht des Strafenden gewesen sein; heute ist sie derart fest mit der Strafe verbunden, daß es langer Umerziehung bedürfte, um ihr die sozialethisch nachteiligen Folgen wieder zu nehmen. Deshalb ist die Strafe als massiver Gütereingriff und sozialethisches Unwerturteil, umgeben von einem starken "sittlichen Pathos" (17), ein für das heutige Rechtsbewußtsein scharf umrissener und feststehender Sachverhalt.

b) Es bleibt noch die Frage, ob nicht auch die G e l d b u ß e des Owi-Rechts die gleiche Funktion wie die Strafe erfüllen könnte. Hiergegen spricht jedoch schon die logische Erwägung, daß es ja gerade um die Abgrenzung des Strafwürdigen vom Nichtstrafwürdigen, also um die "Straf"-würdigkeit geht. Unter welcher Voraussetzung ein Unrechtssachverhalt der Geldbuße würdig ist, interessiert hier ebensowenig wie die Frage, wie man geldbußewürdige Delikte von sonstigen Rechtsverletzungen abgrenzen kann.

Doch über dieses logische Argument hinaus bestehen gerade nach dem zuletzt über den Realgehalt der Strafe Gesagten sachliche Bedenken gegen die Verwertbarkeit der Geldbuße; denn anders als die Strafe ist sie noch nicht in derart ausgeprägter Weise Gestalt geworden, um als Realität mit ganz spezifischen sozialen Folgen erkennbar zu sein. Sie steht noch zu sehr in der Disposition des Gesetzgebers, kann noch beliebig umgestaltet und zum Instrument verschiedener Zwecke gemacht werden (18), während dem-

---

16) Eine andere Frage ist, ob die gleichen Delikte wie bisher mit Zuchthaus zu bestrafen sind. Hier dürfte eine Revision unumgänglich sein.

17) so vor allem Eb. SCHMIDT, vgl. NdWistr.S.46

18) Sicherlich kann sich im Laufe der Zeit auch mit der Geldbuße eine bestimmte sozialethische Vorstellung verbinden. Aber heute schon Strafe und Geldbuße in allem gleichzustellen, wie das H. MAYER, Strafrecht S. 47,71 und KISCHA S.99 ff tun, das scheint einer möglichen Entwicklung vorgegriffen zu sein. Mit Recht sprechen deshalb Eb. SCHMIDT, Strafrecht u. Disziplinarrecht S.873,

gegenüber die Strafe immer einen Gütereingriff und einen sozialethischen Tadel enthält, mag sie zur Besserung, Abschreckung oder Vergeltung verhängt sein.

III. Die Folgerungen für die Straf- W ü r d i g k e i t .

1. Mit der Strafe als feststehendem tatsächlichem Erscheinungsbild ist lediglich der Maßstab für die in der Strafwürdigkeit verkörperte Gleichwertigkeitsbeziehung gewonnen. Der nächste Schritt muß nun sein, die Strafe als Maßstab in das noch rein formale Gleichwertigkeitsverhältnis der Strafwürdigkeit einzusetzen, um dadurch inhaltliche Forderungen für die als strafwürdig zu bewertenden Unrechtssachverhalte hervorheben zu können. Dies ist jedoch erst dann in rechter Weise möglich, wenn die im Realgehalt der Strafe enthaltenen Wertbezüge freigelegt und herausgestellt sind; denn erst dadurch läßt sich über die vordergründig-arithmetische Gleichheit von Strafe und Tat hinaus nach der sachgemäßen G l e i c h w e r t i g k e i t zwischen Aktion und Reaktion suchen.

2. Bei der Strafe besteht in d r e i e r l e i Weise ein W e r t b e z u g. Der mit der Strafe verbundene Eingriff in hohe Güter des Bestraften ist die echte Verletzung eines Güterwertes (19). Die durch die Strafe ausgesprochene sozialethische Mißbilligung dagegen sagt nur aus, daß der Bestrafte sich der Verletzung eines sittlichen Wertes schuldig gemacht habe; die Strafe selbst jedoch enthält keine Verletzung eines sittlichen Wertes.

Somit besteht also zwischen dem G ü t e r w e r t -

NdWistr.46, SIEGERT BB 53,394, MAURACH AT S.15 der Geldbuße heute jegliches sittliche Pathos u. jede diffamierende Wirkung ab.

19) soweit man von "Verletzung" eines Wertes überhaupt reden kann. Doch würde es zu weit führen, auf die hier durchaus naheliegende Frage einzugehen, ob der mit der Strafe verbundene Werteingriff nicht vielmehr als mittelbare Wertverwirklichung der vom Täter verweigerten unmittelbaren Wertverwirklichung anzusehen sei. Für den gegenwärtigen Zusammenhang kommt es nur auf die Feststellung an, daß die Strafe überhaupt einen Güterwertbezug hat.

und s i t t l i c h e n W e r t b e z u g der Strafe ein grundlegender Unterschied; während der sozialethische Tadel der Strafe eine bereits vom Täter verwirklichte sittliche Wertverletzung lediglich in feierlich-pathetischer Form d e k l a r i e r t, werden durch die güterbeschneidende Wirkung der Strafe neue Güterwerte verletzt, also ein Güterwertbezug originär k o n s t i t u i e r t.

Aus diesen beiden Wertberührungen der Strafe, unter vorläufiger Vernachlässigung des dritten Wertbezuges, lassen sich nun bereits i n h a l t l i c h e F o l g e r u n g e n der Strafwürdigkeit erkennen. Denn bewirkt die Strafe eine wesentliche Güterbeschneidung, so kann dies unter dem Grundsatz der Gleichwertigkeit von Strafe und Tat nur gerechtfertigt sein, wenn auch die mit Strafe zu bedrohenden Handlungsvollzüge eine gleichwertige Rechtsgutsverletzung enthalten. Sagt weiter die Strafe eine sittliche Wertverfehlung des Täters aus, so muß eine solche in dem entsprechenden Unrechtssachverhalt auch tatsächlich mitenthalten sein. Dem Grundsatz nach soll also der Täter nur insoweit Strafe erleiden, als der Unwert seiner Tat den Werteinbußen der Strafe entspricht. SAX hat diesen Sachverhalt bereits treffend als Prinzip des " S t r a f e - v e r d i e n e n s " charakterisiert (20).

3. Die Strafe weist jedoch noch einen dritten Wertbezug auf; man kann ihn auch als L e g i t i m a t i o n s b e z u g bezeichnen. Die Strafe ist nämlich als derart massiver Eingriff in die Persönlichkeit und die Lebensgüter des Täters nicht aus sich heraus selbstverständlich, sondern bedarf der besonderen Rechtfertigung.

Gemeint ist damit allerdings nicht die Legitimation von Strafe überhaupt; denn diese muß hier bereits als grundsätzlich zulässig vorausgesetzt werden. Vielmehr geht es im Rahmen der Strafwürdigkeit um die spezifischere Frage, ob allein schon deshalb, weil Strafe verdient ist, auch in jedem Falle Strafe angedroht und verhängt werden darf, oder

---

20) Grundrechte III 2 S.924,927; vgl. aber auch u. Anm.26

aber ob Strafe nur dann zulässig ist, wenn man zur Verhinderung solch Strafe verdienender Unrechtssachverhalte auch wirklich der S t r a f e b e d a r f, Strafe also das einzig erfolgversprechende und wirksame Reaktionsmittel ist.

Man muß zur Beurteilung dieser Frage auf das Grundverhältnis von Individuum und Gemeinschaft zurückgehen. Denn gerade hier wird deren immanente, unaufhebbare Spannung wieder sichtbar deutlich. Das Individuum, das durch seinen Rechtsbruck in die Rechts- und Aktionssphäre der Gemeinschaft oder eines ihrer Glieder eingegriffen hat, soll in seinen eigenen Aktionsbereich zurückgewiesen werden. Nur eine kollektivistische Gemeinschaftsauffassung, die im Individuum lediglich ein unselbständiges, dienendes Glied der Gesamtheit sieht, könnte hierfür dem Staat ein unbeschränktes Reaktionsrecht zugestehen. Sobald man aber den personalen Eigenwert des Individuums anerkennt, wie es unser GG vor allem in seinem Art. 1 und 2 unmißverständlich getan hat (21), bleibt das Recht der Gemeinschaft auf Eigenwehr und Notwehr gegen die Übergriffe des Rechtsbrechers zwar vollauf bestehen, aber er hat sich auf das M a ß des N o t w e n d i g e n zu beschränken (22) Deshalb Strafe nur da, wo es der Strafe bedarf (23).

Auch diesen Sachverhalt hat wiederum bereits SAX (24)

---

21) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art.1 Abs.I Rdnr 17 ff; NIPPERDEY, Grundrechte II S.9ff.

22) Es ist dies der allgemeine Grundsatz der Bedürftigkeit und Notwendigkeit staatlicher Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich des Einzelnen, wie ihn etwa Art. 6 des bay. Polizeiaufgabengesetzes v.16.10.54 (GVBl.S.237) für den Bereich des Sicherheitsrechts positivrechtlich formuliert hat.

23) so vor allem SAX, Grundrechte III 2 S.924; bei ihm hat dieser Grundsatz aus der Sicht der Strafe als eines staatlichen Notwehraktes (vgl.aaO S.954 ff) eine besonders sichere Grundlage.-In ähnlichem Sinne verlangt NOWAKOWSKI, Rittler-Festschrift S.64, daß die Strafe als Eingriff in Rechtsgüter des Bestraften durch eine Wertausfüllung gerechtfertigt sein müsse, für die sie "notwendig" ist, vgl. ferner WELZEL, Strafrecht S.201

24) aaO S.924

mit treffender Prägnanz als Grundsatz der "S t r a f b e - d ü r f t i g k e i t " formuliert.

4. Damit ist im grundsätzlichen der i n h a l t l i - c h e G e h a l t der S t r a f w ü r d i g k e i t offengelegt: Einerseits das Prinzip des "Strafe-verdienens", hergeleitet aus dem durch die Strafwürdigkeit geforderten Gleichwertigkeitsverhältnis von Strafe und Tat, andererseits das Prinzip der "Strafbedürftigkeit", das als Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes der Notwendigkeit staatlicher Eingriffe den Legitimationsbezug der Strafe sicherstellt. Beide zusammen (25) machen den inhaltlichen Gehalt der Strafwürdigkeit aus (26).

---

25) abw. scheint Rich. LANGE in ZStW 63,457 die Strafwürdigkeit in der Strafbedürftigkeit erschöpft zu sehen. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch nur um eine terminologische Akzentverschiebung, verständlich aus dem polemischen Standort LANGEs gegen SAUERs einseitigen Strafwürdigkeitsbegriff; denn sachlich mit hier übereinstimmend soll nach KOHLRAUSCH-LANGE S.15 "die Strafbedürftigkeit allein ... noch keine Legitimation" der Strafbarkeit sein, sondern der Täter müsse wegen seiner sozialethischen Wertwidrigkeit auch "Strafe verdienen". Zu weitgehend, wenn auch in konsequenter Fortführung des einseitig sozialethischen Ausgangspunktes, verliert dagegen bei WIMMER DRZ 1948,116 ff,119, der Gedanke der Schutzwürdigkeit und Bedürftigkeit fast jegliche Bedeutung. Bedenklich ist vor allem seine Feststellung, daß die Schutz - unwürdigkeit des Rechtsguts niemals die Strafbarkeit der Tat beseitigen könne bzw. daß der Täter bei fehlender Schutzwürdigkeit des Gutes auch erhöht strafwürdig und bei reduzierter Schutzwürdigkeit eine höhere Strafe verlangt und auch verdient sein könne. - Andererseits überschätzt v.HIPPEL, Strafrecht II S.105 den Gedanken der Strafbedürftigkeit, wenn er die Strafwürdigkeit ausschließlich nach kriminalpolitischen Erfordernissen bestimmt.

26) Wie schon hervorgehoben, war bereits SAX zu diesem Ergebnis gekommen, wenn auch auf einem etwas anderen Wege. Für ihn gibt es 2 Berührungspunkte von Strafe und Wert (vgl.aaO S.924): der "äußerliche" Berührungspunkt, die unerläßliche Notwendigkeit der Strafe für Schutz und Bewährung der Gemeinschaftsordnung, aus welchem letztlich der Grundsatz der Strafbedürftigkeit entspringt, und der "immanente" Berührungspunkt, verkörpert in dem starken "sittlichen Pathos" der Strafe, welches gerechterweise verlange, daß nur die Verletzungen solcher Rechtsgüter bestraft werden, die ihrerseits einen dem sittlichen Pathos der Strafe proportionalen sittlichen Bezug haben: der Grundsatz des "Strafe verdienens" also. Diese Unterschiede im Begründungsweg haben letztlich ihren Grund in philosophisch verschiedenen Grundlagen (vgl.u. S.171) Hier sei nur gesagt, daß es bei Bestimmung des

§ 18. Die Strafbedürftigkeit im einzelnen.

I. Wesen und Ziel des Strafbedürftigkeitsprinzips.

Das Prinzip der Strafbedürftigkeit gebietet, daß Strafe nur bei jenen Unrechtssachverhalten angedroht wird, wo Strafe das einzige geeignete Mittel ist, um die Gemeinschaft davor zu schützen (1).

Die Strafbedürftigkeit hat also einen recht begrenzten Aussagegehalt. Vor allem will sie nichts darüber aussagen, ob die Güter, deren Schutz und Sicherung mit Hilfe der Strafe durchgesetzt werden sollen, einen Schutz überhaupt verdienen. Wenn nun auch das Strafbedürfnis für ein Gut sinnvoll erst dann erwogen werden kann, wenn seine Schutzwürdigkeit bereits feststeht (2), so ergibt sich daraus zwar grundsätzlich die Pflicht des Gesetzgebers, neben der Strafbedürftigkeit auch noch die Schutzwürdigkeit des strafrechtlich zu sichernden Gutes festzustellen. Diese Schutzwürdigkeit

---

Strafwürdigkeitsbegriffes praktisch entscheidend darauf ankommt, seine rationalen Strukturen soweit wie möglich freizulegen. Dies dürfte nur schwerlich gelingen, wenn man einen schon dem Worte nach so stark emotionalen Sachverhalt wie den des sittlichen "Pathos" unaufgelöst läßt, zumal das sittliche Pathos der Strafe nicht nur Ausdruck von Würde, Ernst u. Massivität ist, sondern zugleich dem Täter den Vorwurf macht, daß er sozialethisch wertwidrig gehandelt habe (vgl. SAX aaO). Und vor allem um der Berechtigung dieser Aussage willen verlangt der Grundsatz des Strafeverdienens, daß der Täter auch sozialethisch verwerflich gehandelt hat.

1) Nach v.BAR, Handbuch I S.332 ist es BECCARIA's Verdienst, auf den Grundsatz möglichster Sparsamkeit im Strafen hingewiesen zu haben. Trefflich auch schon v.JHERING, Der Zweck im Recht I S.379: "Wo die sonstigen Mittel zur Verwirklichung des Rechts ausreichen, wäre die Anwendung der Strafe unverantwortlich, weil die Gesellschaft selber darunter zu leiden hätte". I.gl.S. auch Hugo MEYER, Lehrbuch S.14.

2) Zur Unterscheidung von Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit vgl. schon M.E.MAYER, Lehrbuch AT S.23 u. MITTASCH, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens S.91.

eines Gutes liegt aber immer dann schon vor, wenn es bereits Rechtsgut ist. Und das ist bei allen Sozialgütern der Fall, die auch rechtlich als schutzwürdig anerkannt sind.

Andererseits setzt die Strafbedürftigkeit nicht voraus, daß der betreffende Unrechtssachverhalt auch Strafe verdient. Denn wenn auch das Strafe-bedürfen erst mit dem Strafe-verdienen zusammen die volle Strafwürdigkeit ausmacht, so besteht doch keine Abhängigkeit zwischen beiden.

Die P r ü f u n g der S t r a f b e d ü r f t i g k e i t hat sich deshalb lediglich darauf zu erstrecken, ob dem Staat auch noch andere, die Persönlichkeit des Täters nicht so massiv berührende Mittel zur Verfügung stehen, welche geeignet sind, den Schutz des gefährdeten Rechtsgutes zu gewährleisten. Es handelt sich deshalb hier um eine n e g a t i v e A u s l e s e ; denn die Strafbedürftigkeit bestimmter Verletzungsweisen steht erst dann fest, wenn die Brauchbarkeit aller übrigen Sanktionsmittel verneint werden mußte. Bei der Vielzahl der dem Staat heute zur Verfügung stehenden Reaktionsmittel - sie reichen vom Wiedergutmachungszwang bis zu den Beugestrafen und Geldbußen (3) - wird diese Prüfung in Einzelfällen nicht einfach sein. Aber nur wenn der Gesetzgeber bei Sanktonierung von Unrechtshandlungen vielleicht in mühsamer Kleinarbeit nach dem geeignetsten Mittel sucht statt sich auf die Strafe als Allheilmittel zu verlassen, wird er den Grundsätzen rechtsstaatlichen Strafens gerecht werden können (4).

---

3) vgl. ausführlich PECHSTEIN, Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe S. 13 ff, auch v.HIPPEL, Strafrecht I S.27 f, MAURACH AT S.7 f.

4) Beispielsweise werden, wie MITTASCH, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens S.91, richtig bemerkt, die bürgerlichrechtlichen Sanktionen in der Regel ausreichen, um vorsätzliche Vertragsbrüche, deren Sozialschaden oft sehr groß sein kann, erfolgreich zu bekämpfen. Ebenso stehen dem Verwaltungsrecht mannigfache Möglichkeiten offen, um etwa durch Auflagen, Konzessionsentziehungen u. dergleichen zweifelhafte Unternehmungen einzustellen. Vgl. auch die treffenden Beispiele bei v.JHERING, Der Zweck im Recht I S.380

Eine verantwortungsvolle Beachtung des Strafbedürftigkeitsprinzips könnte vor allem auch in jenen Fällen Einhalt gebieten, wo der Staat in Gefahr ist, in Überängstlichkeit den Rechtsschutz zu weit vorzuverlegen. Manche Fälle verkrampfter Rechtfertigungsargumentationen würden dadurch unmöglich gemacht und der Staat vor den Versuchungen der Vielstraferei bewahrt (5).

II. Die M i t t e l der Strafbedürftigkeitsprüfung.

Aus dem bereits Gesagten ließ sich beiläufig schon erkennen, daß die praktische Prüfung der Strafbedürftigkeit weniger ein Problem der Bewertung als eine Aufgabe der T a t s a c h e n f o r s c h u n g ist. Denn unter welchen Voraussetzungen Unrechtshandlungen strafbedürftig sind, das läßt sich nicht normativ von bestimmten Prinzipien herleiten, sondern nur die kriminologische Forschung kann Aufschluß darüber geben, ob etwa die Häufigkeit, Nachhaltigkeit oder Schädlichkeit der betreffenden Unrechtssachverhalte sowie die Ohnmacht anderer Sanktionsmittel den Einsatz der Strafe erforderlich machen (6). Deshalb wird man regelmäßig nach kriminalstatistischen Fakten und kriminalpolitischen Bedürfnissen entscheiden müssen, ob man diesen oder jenen Unrechtstyp als strafbedürftig ansehen kann.

---

5) vgl. eindrucksvoll dazu SAX, Grundrechte III 2 S.926 mit Anm. 51 u.52.

6) Ähnlich wird von NÜSE JR 1949,401 u. JESCHEK JZ 59,457 in beiläufigen Bemerkungen die Abhängigkeit des Strafbedürfnisses vom Inhalt und den Bedürfnissen der jeweiligen Wirtschaftsordnung betont.

§ 19. Das S t r a f e - v e r d i e n e n im einzelnen.

I. Die Problemstellung.

Mit dem Problem des Strafe-verdienens ist die Erörterung der Strafwürdigkeit an ihrem bedeutsamsten Punkt angelangt. Denn noch mehr als bei der Strafbedürftigkeit, die hauptsächlich eine Frage kriminologisch-technischer Fakten und Forschungen ist, geht es beim Strafe-verdienen um ein P r o b l e m der a u s g l e i c h e n d e n G e r e c h t i g k e i t, um die wertende und wägende Aufgabe, zwischen dem, was der Täter an Unrecht getan hat, und dem, was er dafür durch Abbüßung der Strafe sühnen soll, ein erträgliches Verhältnis zu finden.

Vor dem Problem gerechten Abwägens zwischen der Aktion des Täters und der Reaktion der verletzten Gemeinschaft steht zwar auch der Richter, wenn er bei der Strafbemessung nach dem tatgerechten Strafausspruch sucht. Jedoch im Problembereich der Straftatbestandsbildung und -begründung - und nur sie ist hier von Interesse -, lautet die Fragestellung anders: Der Gesetzgeber nämlich muß sich fragen, unter welchen Gegebenheiten er menschliches Verhalten überhaupt unter eine Strafdrohung stellen darf, welche Eigenschaften eine unrechtliche Verhaltensweise also haben muß, um mit dem staatlichen Reaktionsmittel der Strafe in einer e r t r ä g l i c h e n P r o p o r t i o n zu stehen und dementsprechend als Straftat normiert werden zu dürfen.

Es seien zunächst noch einmal die hierfür entscheidenden Gesichtspunkte des Strafe-verdienens kurz vergegenwärtigt: Die Strafwürdigkeit hatte sich herausgestellt als seinsollendes Gleichwertigkeitsverhältnis zwischen Strafe und Tat. Die Strafe als das real Feststehende und Maßgebende dieses Bewertungsverhältnisses enthält einen Eingriff in wesentliche Lebensgüter des Bestraften und ein sozialethisches Unwerturteil über ihn. Das im Strafe-verdienen verkörperte Gebot einer erträglichen Proportion zwischen Strafe und Unrecht verlangt nun, daß die mit der Strafe ausgelösten Folgen des Gütereingriffs und der sozialethischen Mißbilligung

in dem mit Strafe zu bedrohenden Unrechtstyp eine ausgeglichene Entsprechung haben.

Somit muß das strafwürdige Unrecht in zweierlei Hinsicht zur Strafe proportional sein: es muß erstens ein Äquivalent zu der in der Strafe bewirkten Gütereinbuße haben, es muß zweitens den dem sozialethischen Tadel der Strafe entsprechenden sittlichen Unwert enthalten.

II. Der Proportionswert der Straftat zur Gütereinbuße der Strafe.

1. Es wäre wohl eine zu mechanische und der Vielschichtigkeit des sozialen Lebens nicht gerechtwerdende Forderung, wollte man in kleinlichem Kompensationsstreben verlangen, daß dem Eingriff in die Güterwelt des Bestraften eine Verletzung der gleichen oder gleichartiger Rechtsgüter durch die Straftat gegenüberstehen müsse. Bei konsequenter Durchführung einer solchen Auffassung käme man unweigerlich zu der längst überwundenen Praxis des Talion-Rechtes zurück, wo es "Auge um Auge" und "Zahn um Zahn" ging, wo dem Täter die gleichen Schmerzen und Übel zugefügt würden, die er selber durch seine Tat verursacht hatte (1).

Will man den Rückfall in ein solch primitiv rachedürstiges Vergeltungsstrafrecht vermeiden, so muß man sich kompromißlos vor den Möglichkeiten einer naturalistisch-mechanischen Entsprechung der in Tat und Strafe verletzten Rechtsgüter verschließen und den Ausgleich zwischen Strafe und Tat auf andere Weise suchen.

---

1) so vor allem die berühmten biblischen Grundsätze im Buche LEVITICUS XXIV, 17-20, zit. nach DEL VECCHIO, Die Gerechtigkeit S.101 Anm.7; dort auch Überblick über die ideengeschichtliche Fortwirkung. - Treffendes Beispiel solchen Taliondenkens war auch die Praxis der Kastration als Strafe für bestimmte Sittlichkeitsdelikte; Einzelfälle lassen sich bis in die beginnende Neuzeit nachweisen, vgl. v. HENTIG, Die Strafe I S.390 ff. - Nichts anderes als Taliondenken ist die auch heute noch vielfach übliche Begründung der Todesstrafe für Mord: wer einem anderen das Leben genommen hat, dem müsse das seine ebenfalls genommen werden.

2. Dies ist auch durchaus möglich. Denn eine talionsmäßige Entsprechung ablehnen bedeutet noch nicht den Verzicht auf jede Art einer Entsprechung. Nur ist sie auf höherer Ebene durch eine W e r t e n t s p r e c h u n g zu gewinnen. Daß eine solche "virtuell und geistig zu erfassende Entsprechung der Werte" von Strafe und Tat möglich und notwendig ist, wird sogar von einem so entschiedenen Talion-Gegner wie DEL VECCHIO (2) anerkannt. Der Sinn eines solchen Wertausgleiches besteht darin, daß nur für solche Wertverletzungen Strafe angedroht werden darf, deren Gehalt von dem Gehalt der durch die Strafe betroffenen Werte nicht unverhältnismäßig verschieden ist. Auf das Verhältnis der durch Strafe und Straftat verletzten Rechtsgüter übertragen bedeutet dies, daß die güterbeschneidende Wirkung der Strafe nur für solche Rechtsgutsverletzungen in Betracht kommen darf, deren Wertqualität in etwa derjenigen der durch die Strafe beschränkten Rechtsgüter entspricht.

3. Die p r a k t i s c h e n Auswirkungen zeigen sich am besten an der F r e i h e i t s s t r a f e . Denn die Einschränkung eines derart wertintensiven Gutes wie das der Freiheit kann nur dort gerechtfertigt sein, wo der Täter wertgleiche Rechtsgüter verletzt hat. Deshalb können schon hier die Verletzungen und Gefährdungen all jener Rechtsgüter als nicht Strafe verdienend und folglich nicht strafwürdig ausgeschieden werden, deren Rechtsgüterwert so gering ist, daß er mit dem Wertgehalt einer Freiheitsstrafe in keinem erträglichen Verhältnis mehr stehen würde.

Doch nicht viel anders ist es bei der G e l d s t r a f e. Zwar könnte bei oberflächlicher Betrachtung der Eindruck entstehen, als ob sich aus der Eingriffswirkung der Geldstrafe keine Forderungen für den Strafwürdigkeitsgehalt einer Tat herausfolgern ließen; denn da bei der Geldbuße gleichhohe, wenn nicht noch höhere Bußrahmen bestehen (3)

---

2) Die Gerechtigkeit S. 48,97.
3) Bei Geldstrafe besteht gem.§ 27 StGB ein Strafrahmen von 3-10 000 DM, bei Geldbuße gem. § 5 OWG ein Bußrahmen von 2-1 000 DM bzw. gem § 38 III Nr.1 KartellG.v.27.7.57 (BGBl.I 1081) bis zu 100.000 DM und höher.

scheinen sich Geldstrafe und Geldbuße ihrer Eingriffswirkung nach völlig gleich oder jedenfalls nicht wesentlich verschieden zu sein, so daß also Geldstrafen für die gleichen Rechtsgutsverletzungen verhängt werden könnten wie Geldbußen.

Eine solche Meinung übersähe jedoch den wesentlichen Unterschied, der sich aus dem spezifisch kriminellen Gehalt der Geldstrafe ergibt. Zwar mag quotenmäßig die Eingriffswirkung der Geldstrafe nicht größer sein als die der Geldbuße; daß aber wertmäßig trotzdem ein Unterschied zwischen beiden besteht, zeigt sich schon darin, daß die uneinbringliche Geldstrafe gem. § 29 StGB in Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann, die uneinbringliche Geldbuße dagegen nicht (4). Das bedeutet, daß bei der Frage, ob ein bestimmter zu sanktionierender Unrechtssachverhalt in erträglicher Proportion zu der Werteinbuße einer Geldstrafe steht, immer auch der Wert der Freiheit mitberücksichtigt werden muß, daß also nur jene Rechtsgutsverletzung Strafe verdient, deren Wertqualität über die Verhältnismäßigkeit zur Geldstrafe hinaus mit dem Wert der durch § 29 StGB bedrohten Freiheit in erträglicher Proportion steht.

4. Das E r g e b n i s dieses wertmäßigen Abwägens zwischen Straftat und Strafe ist also, daß nur jene Rechtsgutsverletzungen Strafe verdienen, deren Wertgehalt nicht unverhältnismäßig geringer ist als der Wertgehalt der durch die Strafe berührten Werte.

In dieser Feststellung ist eine Aussage erhalten, die vielleicht selbstverständlich erscheinen könnte, die aber gerade mit der Lehre vom personalen Unrecht an wachsender Aktualität gewinnt. Nach dieser Unrechtslehre in ihrer Extremform soll das materielle Unrecht in einem personalen Handlungsunwert bestehen. Soll auch hier der Grundsatz

---

4) Für die Eintreibung einer Geldbuße gibt es gem. § 69 OWG lediglich die sog. Erzwingungshaft, aber auch diese nur bei vermutlich zahlungsfähigen, aber zahlungsunwilligen Tätern. Nach ROTBERG OWG S.264 ist dies ein echtes Beugungsmittel ohne Strafcharakter.

einer tragbaren Proportion von Strafe und Straftat ihre Gültigkeit haben, dann müßte diese Unrechtslehre dem rein personalen Unwert der Straftat entsprechend der Strafe jede güterbeschränkende Wirkung nehmen und sich mit einer personal-moralischen Einwirkung auf den Täter begnügen. Die Endstufe wäre Strafrecht im Gewande der Moral.

Deshalb sind aus der durch das Prinzip des Strafe-verdienens gebotenen Güterproportion zwischen Strafe und Straftat vor allem zwei F o r d e r u n g e n h e r v o r z u h e b e n : erstens ist grundsätzlich nur dort Strafe verdient, wo überhaupt eine Güterverletzung vorliegt; zweitens darf der Wertgehalt der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung nicht unverhältnismäßig geringer als der Wertgehalt der Strafe sein.

III. Der Proportionswert der Straftat zum sozialethischen U n w e r t u r t e i l der Strafe.

1. Die Problematik liegt hier anders als bei der vorangegangenen Güterproportion. Denn wie bereits ausgeführt, wird durch den sozialethischen Tadel der Strafe nicht etwa erneut ein sittlicher Wert verletzt, sondern das im Strafausspruch enthaltene sozialethische Unwerturteil über den Täter spricht lediglich aus, daß der Täter selbst sozialethisch wertwidrig gehandelt habe. Folglich kann Strafe nur da verdient sein, wo der Täter s o z i a l e t h i s c h m i ß b i l l i g e n s w e r t g e h a n d e l t hat.

2. Wie sich noch zeigen wird, liegt in diesem Kriterium der Schwerpunkt der Abgrenzung des Strafwürdigen vom Nichtstrafwürdigen. Damit scheint ein Moment gewonnen zu sein, das auch in Rechtsprechung und Lehre vielfach zur Abgrenzung von Straftaten und Owi herangezogen wird (5). Aber wie bereits bei der Kritik dieser Lehren bemerkt werden mußte, fehlt es zumeist an einer genauen Bestimmung dessen, was

---

5) vgl. die Abgrenzungsversuche nach sozialethischen Kriterien o. S. 33 ff.

unter s i t t l i c h mißbilligenswert eigentlich zu verstehen ist (6). Ist dies nur eine Kategorie des Rechtsgefühls oder kann rational erkennbar gemacht werden, ob ein Unrechtssachverhalt sittlich missbilligenswert ist?

Bei der praktischen Bedeutung, die der Bestimmung des sittlich Mißbilligenswerten für die Abgrenzung von Straftaten und Owi zukommt, wäre es rechtsstaatlich äußerst problematisch, wenn man die Entscheidung dessen, was sozialethisch verwerflich sein soll, dem subjektiven Rechtsgefühl überlassen wollte. Rechtlich unbedenklich kann das sittlich Mißbilligenswerte nur dann bestimmt sein, wenn es rational soweit schau- und faßbar ist, daß es, unberührt der im rechtlichen Bereich allgemein unvermeidlichen Unsicherheitszonen und fließenden Grenzen, im Wege des Erkennens und objektiv-normativen Wertens feststellbar ist.

3. Damit ist freilich eine ungeheuer weite Problematik aufgeworfen, die allein schon durch die ethischen Probleme des Sozialethischen weit über die juristische Zielsetzung des Themas hinausführen würde. Die nachfolgende Untersuchung dessen, was bei der Straftat als Korrelat zum sozialethischen Unwerturteil der Strafe in Betracht kommen kann, darf und muß sich deshalb vor allem auf z w e i F r a g e n beschränken. Im Vordergrund steht als erstes die Frage, worin das sozialethisch Mißbilligenswerte der Straftaten besteht, welches den sozialethischen Tadel der Strafe erlaubt. Nach dem zunächst formalen Ergebnis, daß das sozialethisch Mißbilligenswerte im Verstoß gegen sozialverbindliche Normen liegt, stellt sich dann weiter die Frage, woraus man auf das Bestehen solch sozialverbindlicher Normen schließen kann. Hier wird auf die Bedeutung der Rechtsgüter, insbesondere ihrer allgemeinen Erkennbarkeit, für

---

6) So spricht etwa der BGH St 2,203 vom Verstoß gegen "sittlich fundierte Strafnormen", H. MAYER, Strafrecht S. [illegible] von "unerträglicher Verletzung der Sittenordnung"; nach Rich. LANGE, Dt. Landesreferate 1958, S. 226, soll der Gesetzgeber bei Bildung der Straftatbestände gebunden sein an das "sittliche Wertempfinden im Volke".

die Existenz solcher Normen einzugehen sein. Erst dann ist es möglich, die Merkmale der Strafe verdienenden Tat näher zu bestimmen.

§ 20. Fortsetzung: Das sozialethisch Mißbilligenswerte der Straftaten.

I. Werttheoretische Vorüberlegungen und ihre rechtstheoretischen Konsequenzen.

1. Es ist hier nochmals zurückzugreifen auf die bereits bei Kritik der Verwaltungsstrafrechtstheorie (1) herangezogene werttheoretische Unterscheidung zwischen Güterwerten und sittlichen Werten und ihrem gegenseitigen Fundierungsverhältnis (2).

Die Güterwerte - entsprechendes kann auch für die durch Rechtsgüter mediatisierten verfassungsrechtlichen Grundwerte (3) gelten - hatten sich herausgestellt als Sach- oder Sachverhaltswerte, da sie nur Gegenständen und Dingen, auch Personen zukommen (4). Der sittliche Wert dagegen ist ein personaler Aktwert: personal insofern, als nur geistige, personale Wesen als Wertträger in Betracht kommen (5); Aktwert deshalb, weil der als Personalwert erkannte sittliche Wert der Person nicht statisch anhaftet wie etwa die Personalwerte der geistigen Rea-

---

1) o.S.118 f.
2) vgl. grundlegend dazu SCHELER, Der Formalismus in der Ethik S.33 ff; Nic. HARTMANN, Ethik S.122 ff, ferner Joh. HESSEN, Lehrb. d. Phil. II S. 64 ff.
3) vgl. dazu o.s.92 f, 95 f.
4) Dabei müssen die Sachen und Sachverhalte, denen solche Werthaftigkeit zukommt, nicht unbedingt sinnlich erfahrbares Sein haben, wie Leben oder Vermögen, sondern es genügt auch geistiges, nur durch Geist oder Gemüt erfaßbares Sein, wie die niedergeschriebene Symphonie, die die mir jemand hält.
5) HESSEN aaO S.69

samkeit oder Intelligenz (6), sondern sich jeweils nur in personalen Handlungen verwirklicht (7). So erhält der sittliche Wert nur Realität im Vollzug (8).

Doch trotz dieses strukturellen Gegensatzes zwischen den beiden Wertarten (9) stehen sie doch nicht beziehungslos nebeneinander. Denn wie an anderer Stelle (10) bereits zu betonen war, zeigt sich das R e a l i s i e r e n von sittlichen Werten gerade in der Schaffung und Förderung von Gütern bezw. das sittlich wertwidrige Handeln realisiert sich in der Erzeugung von Übeln oder in der Schädigung von Gütern. Das bedeutet, daß etwa der Gerechte nicht schlechthin das Gerechtsein intendiert, sondern gerade deshalb, weil sich das Gerechtsein beispielsweise in der rechten Vertragserfüllung oder in der Nichtstörung des nachbarlichen Eigentums äußert, geht auch das Ziel des Gerechten in

---

6) vgl. H. MEYER, System. Philosophie III S.28.
7) vgl. N.HARTMANN, Ethik S.186 "Der sittliche Wert des Liebevollen liegt ausschließlich in seinem liebenden Verhalten".
8) Deshalb ist die Sprache des Alltags, die einen Menschen als gerecht bezeichnet, nur mit Vorbehalt richtig. Gerecht war der betreffende nur in den einzelnen Akten; mag sich sein gerechtes Handeln auch noch für Jahrhunderte segensreich auswirken, so war sein Akt mit Abschluß vom Standpunkt des Ethischen aus doch bereits historisches Ereignis. -
9) Praktisch wird diese Unterscheidung dann schwierig, wenn es sich um Werte mit einer D o p p e l n a t u r handelt; so sind gerade die oft als sozialethische Werte bezeichneten Würde und Freiheit nur insoweit sittliche Werte, als man darunter würdegemäßes und freiheitliches Handeln versteht; meist meint man aber bei Würde und Freiheit deren Bedeutung als grundlegende und wesentliche Güterwerte der menschlichen Person. Nur die letztere Bedeutung kommt aber in Frage, wenn Würde oder Freiheit als unmittelbarer Wert im Sinne eines Rechtsgutes aufgefaßt wird. Die Bezeichnung dieser Werte als sozialethisch kann dabei nur den Sinn haben, daß man es mit Gütern zu tun hat, die Grundobjekte allen sozialethischen Handelns sind. Im gleichen Sinne N.HARTMANNs Bemerkung (Ethik S.251), daß nicht alle Werte, die ethisch relevant sind, deshalb schon sittliche Werte seien.
10) o.S.118 ff.

erster Linie auf den wertvollen Gütereffekt (11). Bei dieser Unterscheidung zwischen intendiertem Wert - dem Güterwert - und dem Intentionswert - dem sittlichen Wert - erscheint daher nach dem bekannten Bilde SCHELERs (12) der sittliche Wert "auf dem Rücken" der Handlung, welche die Güter schafft.

2. Trotz dieses gegenseitigen Fundierungsverhältnisses zwischen sittlichem Wert und Güterwert, aus dem sich rechtstheoretisch ergibt, daß mit dem personalen Handlungsunwert einer Unrechtshandlung immer auch eine Güterverletzung, in rechtlicher Terminologie also eine Rechtsgutsverletzung, verbunden ist (13), darf diese enge Verknüpftheit beider im Vollzug doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß zwischen der s i t t l i c h e n W e r t w i d r i g k e i t und der G ü t e r w e r t w i d r i g k e i t je als solcher U n t e r s c h i e d e bestehen, die gerade für den in Rede stehenden Gehalt des sozialethisch Mißbilligenswerten bedeutsam sind.

Betrachtet man beide nach dem ihnen je eigentümlichen V e r w i r k l i c h u n g s - oder V e r l e t z u n g s e f f e k t, so zeigt sich die Verwirklichung von Güterwerten in der Schaffung von Gütern, ihre Verletzung in der Erzeugung von Übeln, wobei der Güter- oder Übeleffekt auch in der günstigen bzw. ungünstigen oder wesenswidersprüchlichen Veränderung des Gutes bestehen kann. Anders beim sittlich wertwidrigen Akt. Auch er verstößt etwa gegen den sittlichen Wert des Gerechtseins oder der Treue. Aber sieht man einmal von dem auf dem Fundierungsverhältnis von sittlichem Wert und Güterwert beruhenden Auswirkungen in der Güterwelt ab, so tritt der sittliche Wertverstoß nach außen hin nicht in Erscheinung, sondern er erschöpft sich in der

---

11) Die Frage, ob der sittliche Wert nicht selbst auch der intendierte Wert sein kann (vgl. dazu eingehend N.HARTMANN, Ethik S.260 ff; Einf. in d. Phil. S.157, H.MEYER, System.Phil III S.35 ff), kann hier außer acht bleiben da es sich dabei um ein spezifisch ethisches Grenzproblem handelt.

12) Der Formalismus in der Ethik S.49; vgl. ferner N.HARTMANN, Einf. i.d. Phil. S.157

13) vgl. o.S.119

nur geistig feststellbaren W e r t v e r f e h l u n g, in der Nichtverwirklichung des zu verwirklichenden Wertes. In Bezug auf das handelnde Subjekt besteht folglich der spezifisch sittliche Effekt des unwertigen Aktes lediglich darin, daß es sich nicht wertgemäß verhalten hat und demzufolge seine Handlung als sittlich wertwidrig zu beurteilen ist. Somit fällt die sittliche Wertwidrigkeit in Form eines Unwerturteils auf den Handelnden zurück.

Doch was besagt das? Es offenbart die s i t t l i c h e n W e r t e ihrer Struktur nach als N o r m e n und P r i n z i p i e n, die für das Handeln des Subjektes verbindlich sein wollen (14). Es besagt, daß der sittlich unwertig Handelnde nicht nur eine übelvolle Veränderung der Güterwelt bewirkt, sondern außerdem gegen eine sittliche Norm verstößt, die ein sittlich mißbilligendes Urteil über ihn erlaubt.

3. Daraus ergibt sich auch für den sozialethischen Unwertgehalt der Straftaten eine wesentliche F o l g e r u n g. Kann nämlich die sittliche Wertwidrigkeit in der Güterverletzung nicht aufgeht, dann kann auch die Rechtsgutsverletzung zufolge einer Straftat das durch die Strafe mißbilligte sittlich Wertwidrige noch nicht sein; dann kann der sittliche Unwertgehalt der Straftat in der Rechtsgutsverletzung als solcher nicht aufgehen, sondern über die Rechtsgutsverletzung hinaus muß ein sittlicher Wert, eine sittliche Pflicht verletzt sein. Im Hinblick auf den Norm- und Prinzipiencharakter der sittlichen Werte bedeutet das, daß die betreffende Rechtsgutsverletzung durch eine s i t t l i c h e N o r m v e r b o t e n gewesen sein muß. So stellt

---

(4) zum Prinzipiencharakter der sittlichen Werte vgl. eingehend N. HARTMANN, Ethik S.160 ff. - Die wertphilosophische Streitfrage, ob die Seinsweise der Werte die des "Geltens" (so vor allem RICKERT) oder des "idealen Seins" (so SCHELER und HARTMANN) ist, (vgl. dazu HESSEN, Lehrb. d. Phil. II S.30, der beide Standpunkte gelten läßt), kann hier unberücksichtigt bleiben, da es lediglich um die Aussage geht, daß die sittlichen Werte den Charakter von Forderungen an das geistige Subjekt haben, von dem sie verwirklicht sein wollen.

sich nunmehr die Frage, welche sittlichen Normen für eine solche sittliche Wertwidrigkeit der Straftat in Betracht kommen und worauf die Existenz und Verpflichtungskraft solcher Normen beruhen kann.

II. Der Aufweis sozialethischen Unrechts im Verbrechenssystem.

1. Vorab aller Untersuchungen, inwieweit sich im heutigen Verbrechensbegriff sozialethische Unwertelemente aufweisen lassen, ist angesichts der Mehrdeutigkeit des Sozialethischen zunächst jener Bereich sozialethischer Gebots- oder Verbotsnormen abzustecken, die rechtlich überhaupt relevant sein können. Der Begriff des Sozialethischen ist deshalb in zweierlei Hinsicht zu umgrenzen (15).

a) Da ist einerseits die Sozialethik inhaltlich abzugrenzen gegenüber der Individualethik. Diese betrifft Normen und Pflichten, welche die sittlich handelnde Person allein gegenüber sich selbst angehen, die keinen Bezug zum Mitmenschen haben und nur auf die individuelle Selbstvervollkommnung abzielen. Demut, Askese, Tapferkeit sind die klassischen Tugenden der Individualethik. Dagegen fallen alle Pflichten, die dem Menschen als Sozialwesen, also gegenüber dem Mitmenschen obliegen, in den Bereich der Sozialethik. Hierher gehören die vielfältigen Einzelnormen der Gerechtigkeit und Liebe.

b) Diese ihrem Inhalt nach sozialethischen Pflichten lassen sich weiter unterscheiden nach der Stärke ihrer Verpflichtungskraft (16).

Der schwächste Durchsetzungszwang, sofern überhaupt einer möglich ist, besteht bei jenen sozialethischen (und auch in-

---

15) vgl. zum folgenden die ausführliche Darstellung bei SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale S.162 ff.

16) Statt nach dem Grad der Verpflichtung kann man mit GALLAS, Mezger-Festschrift S.316 u. SCHMIDHÄUSER aaO S.162 die Unterscheidung auch nach dem Forum, von dem aus jeweils gewertet wird, treffen.

dividualethischen) Normen, für deren Beachtung man sich nur vor sich selbst oder seinem Gewissen zu verantworten hat. Es ist dies der Bereich des " p e r s ö n l i c h e n E t h o s " und der "autonomen Sittlichkeit" (17), in der sich jeder sittlich Verantwortliche, bewußt oder unbewußt aufbauend auf einer religiösen Moral oder philosophischen Ethik, eine nur für ihn verbindliche ethische Lebensordnung aufstellt.

Das andere Extrem, d.h. der Höchstgrad von Verbindlichkeit besteht darin, daß die Rechtsgemeinschaft sozialethische Pflichten in die Rechtsgemeinschaft übernimmt und mit r e c h t l i c h e r V e r p f l i c h t u n g s k r a f t ausstattet (18).

Zwischen diesen beiden Pflichtkreisen "persönliches Ethos-Rechtsordnung" gibt es jedoch noch einen Bestand von sozialethischen Normen und Pflichten, denen zwar der hohe Grad rechtlicher Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit fehlt, die aber andererseits auch nicht mehr nur Sache autonomen Sittlichkeitswillens sind, sondern bis zu einem gewissen Grade für jedes Glied der betreffenden Rechtsgemeinschaft Gültigkeit haben und Beachtung erheischen. Solche Pflichten der " g e s e l l s c h a f t l i c h e n M o r a l ", wie Eduard SPRANGER (19) diesen Bereich des Sozialethischen im Gegensatz zum "persönlichen Ethos" kennzeichnet, sind nicht mehr nur autonome Angelegenheiten des Einzelnen, sondern stehen diesem heteronom gegenüber (20). Es handelt sich hierbei um "die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden sozialethischen Wertvorstellungen" (21), die man auch als gute Sitte, allgemeine Sittenordnung oder, um ihren Verpflichtungscharakter hervorzuheben, als s o -

---

17) vgl. SCHMIDHÄUSER aaO S.163
18) Hier können natürlich nur sozialethische Inhalte in Frage kommen, da es der Natur des Staates als Wahrer der zwischenmenschlichen Bereiche zuwiderlaufen würde, wollte er für die Individualsphäre seiner Bürger rechtliche Gebote oder Verbote erlassen.
20) SCHMIDHÄUSER aaO S.162/163.
21) GALLAS, Mezger-Festschrift S.316

z i a l v e r b i n d l i c h e N o r m e n bezeichnen kann.

b). Nur um den Verstoß gegen letztere kann es sich nun handeln, wenn nach der sozialethischen Normwidrigkeit der Stratat gefragt ist. Wie nämlich Arthur K A U F M A N N zutreffend betont, sind nur die sozialen, d.s. die g e s e l l s c h a f t l i c h anerkannten Pflichten " j u r i s t i s c h r e l e v a n t " (22). Denn Verstöße gegen sozialethische Pflichten des persönlichen Ethos dürfen den Staat nichts angehen, wenn er sich nicht eines unzulässigen Eingriffs in die Wertpersönlichkeit des Individuums schuldig machen will (23). Und Verstöße gegen Rechtspflichten sozialethischen Inhalts andererseits werden bereits in der Rechtswidrigkeit eingefangen.

Das sozialethische Unwerturteil der Strafe kann deshalb nur bedeuten, daß der Täter neben der Rechtsgutsverletzung auch noch eine Norm der sozialverbindlichen Sittenordnung verletzt hat. Dies kann nicht ausdrücklich genug betont werden. Denn die meisten Mißverständnisse über die Natur des sozialethischen Unwertgehalts der Ordnungswidrigkeiten (24) beruhen zumeist gerade darauf, daß die sozialethischen Pflichten des persönlichen Ethos und der gesellschaftlichen Moral nicht scharf genug auseinandergehalten werden.

2. Die Frage ist nun, o b ü b e r h a u p t und i n w i e w e i t sich im Begriff und System des V e r b r e c h e n s sozialverbindliche Normen aufweisen lassen, deren Verletzung die dem sozialethischen Unwerturteil der Strafe entsprechende sittliche Unwertigkeit ausmacht.

a) Es könnte durch die heute übliche Kennzeichnung der Schuld als Vorwerfbarkeit (25) naheliegen, die S c h u l d

---

22) Arthur KAUFMANN, Das Unrechtsbewußtsein S.145. Im gleichen Sinne SCHMIDHÄUSER aaO S.165 mit weiteren Nachweisen.
23) im gleichen Sinne KOHLRAUSCH ZStW 55,391: "Ethik kann für den Staat nie als autonom, nur als heteronom begründet in Betracht kommen".
24) vgl. u. S.184
25) vgl. für alle MAURACH AT S.278

als Sitz und Ausdruck der sozialethischen Verwerflichkeit der Straftat anzusehen. Das wäre jedoch eine recht vordergründige Schlußfolgerung; denn wollte man das sittlich Mißbilligenswerte einer Straftat in der schuldhaften Verwirklichung des Straftatbestandes sehen, so käme man in einen unfruchtbaren circulus vitiosus, weil die Schuld als Verwerfbarkeit zwar zum Ausdruck bringt, daß etwas Vorwerfbares geschehen ist und dieses Vorwerfbare in der Straftatbestandsverwirklichung liegt, aber nichts darüber auszusagen vermag, wann ein erst zu bildender Straftatbestand sittlich mißbilligenswert ist. Und nur darum geht es im gegenwärtigen Zusammenhang (26).

b) Dagegen sind im U n r e c h t s b e w u ß t s e i n als einem Teile der Schuld Elemente vorhanden, die für Inhalt und Struktur des sittlich Mißbilligenswerten der Straftaten aufschlußreich sein können. Zwar kann keineswegs das Unrechtsbewußtsein oder der Inhalt des Unrechtsbewußtseins selbst als das sittlich Mißbilligenswerte der Straftat in Betracht kommen, sondern es kann nur darum gehen, aus dem Gehalt und der Konstruktion des Unrechtsbewußtsein Sachverhalte herauszulösen, die auch für den geltenden Verbrechensbegriff die Existenz und Anerkennung einer allgemeinverbindlichen sozialethischen Norm beweisen und weiterhin Schlußfolgerungen für den Inhalt und die Entstehung dieser Sozialnormen erleichtern.

---

26) Nichts anderes gilt, wenn man von der eigenwilligen Schuldauffassung SCHMIDHÄUSERs (vgl. seine Gesinnungsmerkmale S.168 ff) ausgeht. Für ihn ist Schuld das sittlich wertwidrige geistige Verhalten der Person, wobei er diese unrechtliche Gesinnung verstanden wissen will als negatives Spiegelbild der kantischen Moralität. Ganz abgesehen davon, daß sich die Moralität als "das Gute um des Guten willen wollen" nicht in ihr Negativum umkehren läßt, ohne daß dabei Verhaltenssituationen möglich werden, die in der extrem-positiven Haltung der Moralität nicht denkbar sind - wie ist etwa die Schuldfrage, wenn der konkrete Unrechtssachverhalt nicht um seiner selbst willen, sondern um eines geringeren Unrechts willen verwirklicht wird? - so setzt auch diese betont sozialethische Schuldauffassung SCHMIDHÄUSERs bereits objektives Unrecht voraus und befaßt sich nur mit der Einstellung des Täters zu seiner Tat.

Sieht man einmal ab von den problematischen Fällen des Nebenstrafrechts und der kleineren Übertretungen, die in anderem Zusammenhang noch zu behandeln sind, so bedarf es für den I n h a l t des U n r e c h t s b e w u ß t s e i n s nach h.M. (27) weder der positiven Kenntnis der Tatbestandselemente noch der eindeutigen Kenntnis des rechtlichen Verbotenseins der betreffenden Handlung, sondern es ist ausreichend, daß der Täter um den ohnehin allgemein erkennbaren unmittelbaren oder mittelbaren Wertbezug der betreffenden Unrechtssachverhalte weiß. Das bedeutet zwar nicht, daß man sich ganz allgemein mit der Kenntnis des sittlichen Verbotenseins der konkreten Tatbestandsverwirklichung begnügen dürfte; denn dadurch verstieße man, wie SAX (28) im einzelnen dargetan hat, gegen das in Art.1 GG verankerte Prinzip der Entscheidungsschuld. Vielmehr ist mit dem B G H (29) schon zu verlangen, daß der Täter "das Verbotensein der Tat unter dem Gesichtspunkt des von ihm verwirklichten Tatbestandes ... kannte oder kennen mußte". Jedoch ist diese Forderung, mit der man fast schon wieder an das Erfordernis positiver Kenntnis des rechtlichen Verbots zu gelangen scheint, dadurch erheblich gemildert, daß auch nach dem BGH "Kenntnis nach Laienart" oder, wie das schweiz. BG (30) fordert, "das unbestimmte Empfinden, etwas Unrechtes zu tun", genügt. Folglich hat man schon dann in Unrechtsbewußtsein gehandelt, wenn man eine Vorstellung von dem allgemeinen, gesellschaftlich anerkannten Verbotensein der betreffenden Handlung hatte oder haben konnte.

c) Daraus läßt sich bereits eine wesentliche F o l g e r u n g für den Nachweis einer sozialverbindlichen Norm im System des geltenden Verbrechensbegriffes ziehen. Sinnvollerweise kann man nämlich nur dann die Kenntnis eines allgemeinen, sozialen Verbots für das Unrechtsbewußtsein genügen lassen, wenn man davon ausgeht, daß entweder schon

---

27) vgl. für alle MEZGER LK § 59,II 14b; BGHSt 2,202
28) Grundrechte III 2 S.953
29) BGH St 10,35
30) schweiz. BGE 1943 IV 180,1946 IV 155; zit. nach SCHWANDER, Das schweiz. StGB S.84; in diesem Sinne ferner KOHLRAUSCH-LANGE § 59 II 2h; V2; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 VI1; DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm.6 OWG

vor der positivrechtlichen Normierung des betreffenden Tatbestandes eine Schutznorm der gesellschaftlichen Rechtsgemeinschaft existiert hat oder daß das rechtliche Verbot kraft nachfolgender allgemeiner Erkennbarkeit und Anerkennung Allgemeingut der sozialverbindlichen Normen geworden ist. In jedem Falle aber muß es bei Delikten, bei denen Kenntnis des Verbotenseins nach Laienart genügt, neben dem Rechtsgebot noch eine Norm der sozialverbindlichen (im Gegensatz zur rein individuellen) Sittenordnung geben.

3. Damit ist jedoch lediglich festgestellt, daß neben den Rechtsgeboten auch für die Anerkennung von Sozialnormen im heutigen Verbrechensbegriff Raum ist, ja daß dieser in einem seiner wesentlichen Elemente, dem Unrechtsbewußtsein, sogar auf Sozialnormen zurückgreifen muß.

Es bleibt aber noch die Frage, wann der Gesetzgeber bei Bildung von Straftatbeständen von der E x i s t e n z solcher S o z i a l n o r m e n ausgehen darf, deren Verletzung die Tat sittlich mißbilligenswert machen. Dies ist für die Abgrenzung von Straftaten und Owi eine sehr wesentliche Frage. Denn nur wenn sich das Bestreben einer sozialethischen Schutznorm zugunsten eines Rechtsguts auch praktisch aufweisen läßt, wenn sich aus o b j e k t i v e n Anhaltspunkten auf die Existenz einer Sozialnorm schließen läßt, wird es möglich sein, die Abgrenzung nach dem Kriterium der Strafwürdigkeit praktisch durchführbar zu machen. Der nächste Schritt muß deshalb sein, objektive Sachverhalte aufzudecken, die den Schluß auf das Bestehen von Sozialnormen zulassen, bei deren Verletzung sonst nur rechtlich mißbilligter Unwert auch sittlich mißbilligenswert ist und deshalb den sozialethischen Tadel der Strafe verdient.

III. Das Bestehen von Sozialnormen. Die Bedeutung der Erkennbarkeit des Rechtsgutes.

1. Man wird dem Kern des P r o b l e m s am ehesten näher kommen, wenn man eine Frage aufgreift, die sich für den Inhalt des U n r e c h t s b e w u ß t s e i n s

stellt.

Der obige Gedankengang über das Unrechtsbewußtsein war abgebrochen worden mit der Feststellung, daß der Täter dann mit Unrechtsbewußtsein handelt, wenn er eine Vorstellung vom sozialen Verbotensein der Handlung hat oder haben konnte. Hier wird man sich nun weiter fragen müssen, worin aber worauf die Kenntnis eines solch allgemeinen Verbots begründet sein soll. Sicherlich nicht in der persönlich-ethischen oder religiösen, sondern, wie Arthur KAUFMANN (31) feststellt, in der " s o z i a l e n Bedeutung der Tat". Aber wo soll man diese soziale Bedeutung ablesen? KAUFMANN selbst verlangt für das Unrechtsbewußtsein das "Bewußtsein der S o z i a l s c h ä d l i c h k e i t " (32). Aber ist damit ein brauchbarer Anhalt gewonnen? Der Umfang der Sozialschädlichkeit ist doch viel zu uferlos (33) und würde Sachverhalte erfassen, die der Täter trotz Kenntnis ihrer sozialen Schadensfolgen nicht immer als rechtlich verboten ansehen kann und muß. Das Bewußtsein der Sozialschädlichkeit vermag deshalb ebensowenig ein echtes "Unrechts"-bewußtsein zu begründen wie das auch von der h.M. (34) abgelehnte Bewußtsein der " s o z i a l e n Z w e c k w i d r i g k e i t ".

Dagegen kann das Unrechtsbewußtsein dann bejaht werden, wenn der Täter wußte, daß er durch seine Tat einen rechtlich geschützten Gegenstand oder Zweck, also ein Rechtsgut verletzt hat; denn damit weiß der Täter nicht nur um die sozialschädlichen Folgen seines Tuns, sondern ihm wird dadurch zugleich zu Bewußtsein gebracht, daß er durch die Rechtsgutsverletzung ein in der betreffenden Rechtsgemeinschaft geltendes Schutzgebot mißachtet. Deshalb wird man es für die Annahme des Unrechtsbewußtseins als ausreichend ansehen können, wenn die Tat in ihrer r e c h t s g u t s v e r l e t z e n d e n W i r k u n g allgemein und damit auch für den Täter e r k e n n b a r und ü b e r -

---

31) KAUFMANN, Das Unrechtsbewußtsein S.146
32) vgl. aaO S.143 ff.
33) vgl. etwa den Sozialschädlichkeitsbegriff SAUERs, Allg. Strafrechtslehre S.56, der "ein Wirken, das in seiner allgemeinen Tendenz generalisiert der staatlichen Gemeinschaft mehr (ideell-kulturellen) Schaden als Nutzen gewährt", erfaßt.
34) vgl. BGHSt 2,202; MAURACH AT S.378.

s c h a u b a r war (35)

Dieser Gedanke der Erkennbarkeit der Rechtsgutsverletzung hat aber nun nicht nur Bedeutung für das Unrechtsbewußtsein, sondern erhält auch wesentliche Aussagen über das Bestehen von Sozialnormen und ihr Verhältnis zu den Rechtsgütern. Es läßt sich das am besten verdeutlichen, wenn man den E n t s t e h u n g s p r o z e ß einer S o z i a l n o r m verfolgt.

2. Klammert man auch hier zunächst einmal das weite Feld der Ordnungswidrigkeiten und kleineren Übertretungen aus, so hat man in den echten K r i m i n a l d e l i k t e n Tatbestände vor sich, deren R e c h t s g ü t e r allgemein e r k e n n b a r sind. Aber ebensowenig wie ein Gut erst mit seiner Anerkennung als Rechtsgut in seiner Werthaftigkeit allgemein erkennbar wird, so wird auch nicht erst mit der Erhebung eines Gutes zum Rechtsgut seine Schutzwürdigkeit begründet, noch entsteht erst mit der Anerkennung seiner Schutzwürdigkeit das erste Schutzgebot zu seinen Gunsten. Denn wie an anderer Stelle (35a) bereits ausgeführt, beginnt die Schutzwürdigkeit eines Gutes und die Schutzpflicht zu seinen Gunsten nicht erst mit der rechtlichen Normierung eines Tatbestandes, sondern schon vorher setzt ein s o z i a l e r A n e r k e n n u n g s p r o z e ß ein, kraft dessen das betreffende Gut allgemeine s o z i a l e S c h u t z w ü r d i g k e i t erlangt. Eine derartige allgemeine Anerkennung durch die Gemeinschaft setzt natürlich voraus, daß man das Gut zunächst als besonders wertvoll und wertnah erkannt hatte, daß man genau wußte: wenn dieses Gut verletzt wird, dann entsteht dadurch ein über das rein persönliche Interesse eines Einzelnen hinausgehender materieller oder ideeller Schaden. Erst wenn das Wissen um die soziale Bedeutung eines Gutes genügend in das allgemeine Bewußtsein eingedrungen ist, wird es als allgemein schutzwürdig und achtenswert erscheinen und dadurch zum anerkannten Sozialgut werden.

Die Anerkennung eines Gutes als schutzwürdiges Sozialgut hat aber nicht nur Bedeutung für dieses selbst, sondern der Anerkennungsprozeß hat zugleich auch n o r m s e t z e n -

---

35) idS jetzt auch der BGH in JZ 61,581. Vgl. auch die insoweit zustimmende Anmerkung von BAUMANN JZ 61,564

35a) Vgl. o.S.87 f.

d e W i r k u n g . Das soll heißen, daß er zugleich die Aufforderung und Verpflichtung aller Gemeinschaftsglieder enthält, das betreffende Gut zu schützen und zu achten. Denn die Anerkennung von Gütern als schutzwürdig kann nur dann sinnvoll sein und wirksam werden, wenn die Gemeinschaft zugleich die Bereitschaft und Pflicht übernimmt, diese Güter zu schützen und zu achten. Psychologischer Entstehungsgrund dieser Schutzpflicht ist der Schutzwille und die Schutzbereitschaft des die Werthaftigkeit des Gutes Anerkennenden, daß also der Gegenstand des Werturteils nunmehr auch als Aufgabe und Ziel gedacht wird. Nach den Worten Armin KAUFMANNs (36) macht diese "Finalität im Denken aus dem 'gültigen' Werturteil die 'verbindliche' Norm, die Verpflichtung".

Hier geht also auf Gesellschaftsebene nichts anderes vor als die ethische Verstärkung des "Seinsollens" (des Sozialgutes als etwas Werthaftem) zum "Tunsollen" (des angesprochenen und aufgerufenen Subjekts) (37), und zwar durch Erkennung seiner (des Sozialgutes) Werthaftigkeit und Realisierbarkeit.

Freilich dürfte der Zusammenhang von Seinsollen, d.i. das Verwirklichtseinwollen des Rechtsgutes, und von Tunsollen, d.i. das Verwirklichensollen, der Verwirklichungsbefehl an das handelnde Subjekt, nicht ganz so eng verknüpft, nicht ganz so auf Identität beider hinauslaufend sein, wie es etwa Felix KAUFMANN beschrieben hat, wenn er sagt (38): "ein Verhalten für wertvoll erklären und es normieren ist eins". Denn diese Aussage erfolgt von einer ganz bestimmten werttheoretischen Position aus, nämlich der schon von Edmund HUSSERL vorgetragenen Ansicht, daß man vom Wertcharakter eines Gutes, also seinem Seinsollen, unmittelbar auf das

---

36) Lebendiges u. Totes in Bindings Normentheorie S.76
37) Zu der Unterscheidung von Seinsollen u. Tunsollen vgl. N.HARTMANN, Ethik S.171 ff, auch R.THIERFELDER, Normativ und Wert S.11, der einen Vergleich der inhaltlich gleichen, wenn auch terminologisch und methodisch abweichenden Auffassungen HARTMANNs, M.SCHELERs, E.LASKs u. B.BAUCHs bringt; ferner A.KAUFMANN, Bindings Normentheorie S.75 ff.
38) F.KAUFMANN, Die Kriterien des Rechts S.82

an das Subjekt gerichtete sittliche Gebot des Tunsollens schließen könne und müsse (39).

Dem gleichen wertphilosophischen Standpunkt dürfte in ihrem sachlichen Ergebnis auch die Auffassung von Walter SAX zuzurechnen sein; denn seine Kennzeichnung des sittlich Mißbilligenswerten als eine "unmittelbare oder mittelbare Wertverletzung, die als solche allgemein erkennbar und anerkannt ist" (40), schließt, wie sich im übrigen aus seiner Gesamtkonzeption ergibt, in die Verletzung des Rechtsguts zwar die Nichtbeachtung des Tunsollens, also die sozialethische Unwertigkeit mit ein; eine solche Konzeption kann aber nur für jenen durchführbar sein, für den sich aus der erkennbaren und anerkannten Werthaftigkeit des Rechtsguts zugleich auch schon unmittelbar die sozialethische Schutzpflicht ergibt, mit der Folge, daß in der Rechtsgutsverletzung zugleich auch die ethische Pflichtverletzung liegt.

So richtig diese Auffassung dem sachlichen Endergebnis nach auch ist und so sehr man deshalb betonen muß, daß das sozialethische Schutzgebot, das Tunsollen letztlich auf dem erkennbaren und anerkannten Seinsollen des Sozialgutes beruht, so scheint es dennoch eine werttheoretische Verkürzung und auch praktisch-methodisch anfechtbar zu sein, im Seinsollen eines Sozialgutes zugleich das Tunsollen eines Subjektes zu sehen, mit der Konsequenz, daß die als unmittelbare Wertverletzung erkannte Rechtsgutsverletzung selbst schon als das sittlich Unwertige gilt. Schon Nicolai HARTMANN (41) hat dieser werttheoretischen Position gegenüber festgestellt, daß daraus, daß etwas an sich wertvoll ist, noch nicht folge, daß jemand es tun solle. Auch Max SCHELER betont die Notwendigkeit für eine besondere Begründung der sittlichen Sollenspflicht und weist dazu u.a. auf den Unterschied im Sollensgehalt der Sätze "Unrecht soll nicht sein", und "Du sollst nicht Unrecht tun" hin (42).

---

39) HUSSERL, Log. Untersuchungen I S.41. HUSSERL kommt hier zur Gleichsetzung der beiden Sätze:"Ein A soll B sein" und "Ein A, welches nicht B ist, ist ein schlechtes A" bzw. "nur ein A, welches B ist, ist ein gutes A".

40) Grundrechte III 2 S.928

41) Ethik S.171.

42) Der Formalismus in der Ethik S.200, auch S.225. Im gleichen Sinne HESSEN, PhilII S.61 ff. Auch Armin KAUFMANN stellt fest:"Das reine Werturteil kann zwar 'gültig', aber im strengen Wortsinn nicht 'verbindlich'sein.Bindings Normentheorie S.76, ferner MAURACH AT S.172,176f.

Nun muß man sich freilich vor Augen halten, daß es sich gerade bei HARTMANN und SCHELER vor allem um spezifisch individual-ethische Aussagen handelt und der Ethiker in dem vom sittlichen Sollen zu verwirklichenden Gut einen vom Sozialgut durchaus verschiedenen Wertsachverhalt vor sich hat. Das Gut als Objekt individualethischer Relevanz erhält seinen Wertcharakter schon allein durch seine objektive Werthaftigkeit, nämlich dadurch, daß es objektiv einen Wert trägt oder dessen Verwirklichung vermittelt. Die Werthaftigkeit und soziale Schutzwürdigkeit eines Sozialgutes dagegen hängt von dem subjektiven Akt gesellschaftlicher Anerkennung ab. So eng aber nun auch mit der Anerkennung der sozialen Werthaftigkeit und Schutzwürdigkeit die gesellschaftliche Schutzbereitschaft und Schutzpflicht Hand in Hand gehen muß, wenn es die Gemeinschaft mit ihrem Werturteil ernst meint, so ist aber trotzdem kein zwingender Grund dafür ersichtlich, warum man nicht wenigstens strukturell-methodisch unterscheiden sollte zwischen dem mit der Werthaftigkeit sich verstärkenden Seinsollen des Sozialgutes und der an das handelnde Subjekt gerichteten sozialverbindlichen Aufforderung zum Tunsollen. Denn erst dadurch wird es möglich, die im Mißachten des Tunsollens liegende sozialethische Unwertigkeit klar zu erkennen und in ihrem Eigengehalt gegenüber der objektiven Gutsverletzung abzuheben. Auch wenn soziales Werturteil und sozialverbindlicher Verwirklichungsaufruf in engem Zusammenhang stehen und letztlich keines ohne das andere zur Realisierung kommen kann, so daß auf jeden Fall eine Trennung beider ausgeschlossen ist, so besteht trotzdem schon phänomenologisch-strukturell zumindest ein Unterschied zwischen dem im sozialen Werturteil liegenden Seinsollen, das strenggenommen nur die soziale Güterwerthaftigkeit des Sozialgutes begründet, und der an das sozialethisch handlungsfähige Subjekt gerichteten Aufforderung zur Schutzbereitschaft, die, vom Subjekt übernommen, das sozialverbindliche Tunsollen begründet. Wird ein so geschütztes Sozialgut dann verletzt, dann tritt neben der Güterunwertigkeit auch die Mißachtung der sozialethischen Schutznorm, eben die sozialethische Unwertigkeit in erforderlicher Klarheit hervor.

Deshalb ist bei dem A n e r k e n n u n g s p r o z e ß, der mit der Erkennbarkeit eines Gutes als werthaft einsetzt, immer z w e i e r l e i zu beachten und zu unterscheiden: einerseits die allmähliche Steigerung des Schutzes des Gutes selbst; dieser geht aber andererseits Hand in Hand, oder genauer: dieser Schutz wird nur möglich und wirksam, wenn gleichzeitig das Gebot der Achtung vor diesem Gut innerhalb der Rechtsgemeinschaft lebt und erstarkt.

Das hat für den A u f w e i s von S o z i a l n o r m e n eine praktische Bedeutung. Sind nämlich Sozialgüter allgemein erkennbar und anerkannt, so kann der Gesetzgeber regelmäßig davon ausgehen, daß in der betreffenden Rechtsgemeinschaft zugleich ein allgemeinverbindliches, soziales Schutzgebot besteht. Dies wiederum bedeutet, daß die Verletzung solcher Güter sozialethisch mißbilligt und mißbilligenswert ist und deshalb dann auch der sozialethische Tadel einer Sanktionierung durch Strafe zulässig ist.

3. Dieses Ergebnis trifft jedoch keineswegs auf alle Fälle sanktionsbedürftiger Unrechtsverwirklichungen zu. Denn gerade die Tatbestände des O.w i - R e c h t s und der kleineren Übertretungen erfassen meist ein Verhalten, das, wie MITTELBACH (43) zutreffend ausführt, ohne K e n n t n i s der entsprechenden g e s e t z l i c h e n Bestimmungen niemand als unzulässig erkennen könnte, wo, wie NOWAKOWSKI (44) bemerkt, auch ein richtiges Rechtsgefühl nur auf Grund des gesetzlichen Verbots den Unrechtsgehalt erkennen kann. So wird etwa nur durch eine rechtliche Verbotsnorm ersichtlich, daß man mit einer Geldbuße rechnen muß, wenn man ein Lichtbild, das außerhalb des Fluglinienverkehrs von einem Flugzeug aus gemacht wurde, in Verkehr bringt (45). Ebensowenig gibt es ein sozialverbindliches Gebot dafür, bei einer länger als 3 Monate währenden, aber vorübergehenden Verlegung des Standortes eines Fahrzeugs der zuständigen Kraftfahrzeugzulassungsstelle davon Meldung zu machen (46).

---

43) MDR 59,620
44) ZStW 65,381
45) § 61 I Ziff 2 Luftverkehrgesetz idF v.10.1.59 (BGBl. I S.9)
46) § 27 II in Verb.m. § 71 Straßenverkehrszulassungsordnung idF v.29.3.56 (BGBl.I 271,510).

Berücksichtigt man auch hier die Bedeutung, die der Erkennbarkeit der entsprechenden Rechtsgutsverletzung für das Entstehen von Sozailnormen zukommt, dann muß in den in Rede stehenden Fällen des Owi-Rechts das Bestehen sozialverbindlicher Verbote und Gebote verneint werden. Denn oben war festgestellt worden, daß die Anerkennung eines Gutes als schutzwürdig und die darauf beruhende sozialverbindliche Schutzpflicht notwendig voraussetzt, daß das zu schützende Gut in seiner Werthaftigkeit überhaupt erst einmal erkannt ist. Gerade daran fehlt es aber bei den Rechtsgütern des Owi-Rechts. Hier ist die Vielfalt der wertmediatisierenden Rechtsgüter so groß und ihre Spezialisierung so weit vorangetrieben, daß sie schon rein objektiv vom tragenden Grundwert sehr weit entfernt sind und in bereits weit vorgeschobenen Positionen die Angriffe auf diesen Wert abwehren wollen. Das aber hat zur Folge, daß die Rechtsgüter dieser Kategorie in ihrer wertmediatisierenden Qualität kaum noch, ja von der Mehrzahl der Rechtsgenossen überhaupt nicht mehr erkannt werden können. Damit wird aber zugleich auch die Existenz eines sozialverbindlichen Gebots, diese Güter zu achten, illusorisch.

4. Doch wie verhält sich dieser Mangel einer sozialverbindlichen Schutznorm zum Problem der Rechtsgutsentstehung? Zwar kann man grundsätzlich davon ausgehen, daß ein Gut vor seiner rechtlichen Anerkennung als Rechtsgut zunächst ein schutzwürdiges und anerkanntes Sozialgut der gesellschaftlichen Kulturgemeinschaft war (47) und daß für die Anerkennung der sozialen Schutzwürdigkeit im allgemeinen die Gesamtheit der Rechtsgenossen mitwirkt (48). Dies gilt für die Arbeitsweise der modernen repräsentativen und technisierten Demokratie jedoch nur in beschränktem Maße. Hier bestimmen Parlament und Fachmann sehr weitgehend über die Schutzwürdigkeit eines Gutes und eilen dabei der Einsicht des Durchschnittsbürgers weit voraus.

Will man für den Bereich des Owi-Rechts diese Problematik der Normverhältnisse und der Rechts-

47) vgl. o.S.87 f.
48) vgl. MAURACH AT S.169

gutsentstehung sicher in den Griff bekommen, dann muß man grundsätzlich unterscheiden zwischen der objektiven Werthaftigkeit eines Sachverhaltes, der Tatsache also, daß ein Gegenstand oder Sachverhalt für die betreffende Rechtsgemeinschaft objektiv vorteilhaft und nützlich ist, und der subjektiven Erkennung und Anerkennung dieser Werthaftigkeit.

Der o b j e k t i v e W e r t der G ü t e r für die allgemeine und soziale Wohlfahrt besteht auch unerkannt und unbeabsichtigt. Wenn etwa eine Quelle gesundheitsfördernde Elemente enthält, ohne daß der große Kreis der davon Trinkenden darum weiß, so ist die Quelle trotzdem objektiv werthaft für die unwissend Gestärkten. Werthafte Sachverhalte "erwachsen" eben aus bestimmten Lebensbereichen, im Dienst einer speziellen, sozialen Ordnung, wie man mit BOLDT (49) in Umkehrung seiner Beschreibung der Übelsentstehung sagen könnte.

Die s u b j e k t i v e S i n n f ä l l i g k e i t und E i n s i c h t i g k e i t solcher laufend neu entstehender Wertsachverhalte dagegen ist dem breiten Publikum meist weitgehend verschlossen. Nur der Verwaltungsfachmann etwa wird erkennen, welchen Zweck und Wert die Anzeige der vorübergehenden Standortverlegung eines Fahrzeuges hat. Ähnlich wird in anderen Lebensbereichen nur der Fachmann die Werthaftigkeit und Ausschöpfbarkeit eines neuartigen Sachverhalts erkennen. Erweist sich das neuentdeckte Gut als schutzwürdig und schutzbedürftig, dann wird der Fachmann seine Ergebnisse an die zuständige parlamentarische Stelle weitergeben, die dann bei entsprechender Schutzwürdigkeit den betreffenden Sachverhalt rechtlich anerkennen und sichern wird.

Dies ist freilich nur die grobschematische Wiedergabe eines Prozesses, der sich auf Grund der Spezialisiertheit des modernen Lebens, der atemlosen technischen Fortschrittlichkeit und der daraus erwachsenden Schutzlagen ergibt. Die gesamte Gesellschafts- und Sozialordnung würde zu einem Chaos werden, wollte man sich für den Schutz eines neuge-

49) ZStW 68,371

fundenen Gutes oder die Abstellung eines eben entstandenen Übels erst entschließen, wenn die Gesamtheit der Rechtsgenossen die Schutzwürdigkeit der betreffenden Sachlage erkannt und sich für sie ausgesprochen hat. Wenn der moderne Staat seine Ordnungs- und Sicherungsaufgabe auch nur einigermaßen zufriedenstellend bewältigen will, muß er dem langsamen sozialen Anerkennungsprozeß vorgreifen und auch dort rechtliche Sanktionen vorsehen, wo noch kein sozialverbindliches Schutzgebot entstehen konnte.

Im Grunde wird deshalb bei Tatbeständen, die in dieser Weise zustande gekommen sind, die Stufe des S o z i a l g u t e s völlig ü b e r s p r u n g e n und der objektiv werthafte Sachverhalt wird auch ohne vorherige allgemeine Anerkennung sofort zum Rechtsgut erhoben. Die sonst der sozialen Gemeinschaft obliegende Erkennung übernimmt der Fachmann, die Anerkennung der Gesetzgeber. Wesentlich für die gegenwärtige Problemstellung ist dabei nur das eine, daß es unter solchen Umständen überhaupt nicht zur Entstehung einer Sozialnorm kommen kann. Deshalb mögen Verletzungen solcher Rechtsgüter materiell und formell rechtswidrig sein, gegen eine sozialethische Norm verstoßen sie nicht. Folglich ist hier denn auch k e i n s o z i a l e t h i s c h e s F o r u m vorhanden, das über den Verletzer ein sozialethisch mißbilligendes Unwerturteil aussprechen könnte. Deshalb kann in diesen Fällen Strafe nicht verdient sein.

IV. Zusammenfassendes Ergebnis.

Es ging im vorliegenden Abschnitt um die Bestimmung dessen, was der Strafausspruch mit seinem sozialethischen Tadel meint, also um die Darstellung des sittlich Mißbilligenswerten der Straftat. Da die Rechtsgutsverletzung als solche das sittlich Mißbilligenswerte der Straftaten nicht ausmachen kann, sondern dieses im Verstoß gegen eine sozialethische Pflicht besteht, war nach der Norm zu suchen, auf der eine solche Pflicht beruhen könnte. Es konnten hierfür nur sozialverbindliche Normen in Betracht kommen, also solche Normen und Prinzipien, welche in der konkreten Rechtsgemeinschaft auch ohne rechtliche Verpflichtungskraft als allgemein verbindlich angesehen werden. Diese bestehen je-

doch nicht ohne jeden Rechtsgüterbezug, sondern gründen gerade auf der Erkennbarkeit der entsprechenden Rechtsgüter.

Der s o z i a l e t h i s c h e U n w e r t , welcher den sozialethischen Tadel der Strafe verdient, liegt nun folglich darin, daß der Täter gegen eine auf der allgemeinen Erkennbarkeit des Rechtsguts beruhende Norm der sozialverbindlichen Sittenordnung verstoßen hat. Somit ist auch jene Wertverletzung, die allgemein erkennbar und anerkannt ist, als solche noch nicht sozialethisch mißbilligenswert, vielmehr erst deshalb, w e i l der Täter gegen die auf der allgemeinen Erkennbarkeit und Anerkennung des Rechtsguts beruhende sozialethische Norm verstoßen hat.

§ 21. Die Folgerungen aus dem Begriff der Strafwürdigkeit für die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

I. Abgrenzungsziel

Das Prinzip der Strafwürdigkeit, wie es im Vorhergehenden dargestellt wurde, sollte nicht einen in jeder Hinsicht gültigen Begriff der Strafwürdigkeit als solcher geben, sondern es sollten nur jene Wesenselemente der Strafwürdigkeit hervortreten, welche für die primär angestrebte Abgrenzung der Straftaten von den Ordnungswidrigkeiten bedeutsam sind.

Hierfür ergibt sich folgendes Bild: die Strafwürdigkeit als Verkörperung eines Gleichwertigkeitsverhältnisses zwischen Strafe und Straftat, in welchem die Straftat das zu Bewertende und die in ihrer realen Gestalt feststehende Strafe der Bewertungsmaßstab ist, fordert einerseits, daß die mit Strafe zu bedrohenden Unrechtssachverhalte Strafe verdienen, d.h. daß sie dem massiven Gütereingriff und dem sozialethischen Tadel der Strafe entsprechend eine wertgleiche Rechtsgutsverletzung wie auch einen sozialethischen Unwert enthalten; sie fordert andererseits, daß die mit Strafe zu bedrohenden Unrechtssachverhalte über das Strafe verdienen hinaus auch der Strafe bedürfen, d.h. daß Strafe das einzige Mittel ist, um die betreffenden Rechtsgüter vor Verletzungen und Gefährdungen zu schützen.

Das Ziel einer danach vorzunehmenden Abgrenzung besteht aber nun keineswegs darin, zwei in sich abgeschlossene und nach sonstigen Kriterien unterscheidbare Deliktsbereiche aufzudecken, um in ihnen einerseits Straftaten als solche und andererseits Ordnungswidrigkeiten als solche zu erkennen, sondern die Absicht geht bescheidener nur dahin, alle jene Tatbestände aus dem Gesamt ahndungsbedürftiger Unrechtssachverhalte auszuscheiden, welche nicht mehr in erträglicher Proportion zur Strafe stehen und deshalb als nicht mehr strafwürdig nicht mit Strafe bedroht werden dürfen. Ob man gegen das ausgeschiedene, nichtstrafwürdige Unrecht mit Geldbußen vorgehen und es als Ordnungswidrigkeiten behan-

deln soll, ist im Rahmen der Abgrenzungsproblematik eine zweitrangige Frage. Festzulegen ist lediglich der Bereich der Unrechtsverwirklichungen, welche strafwürdig sind.

Als derartig umgrenzte Deliktsgruppe kommt ihnen die Q u a l i t ä t des S t r a f w ü r d i g e n zu, durch die sie sich von allen nichtstrafwürdigen Sachverhalten jeglicher Art w e s e n t l i c h unterscheiden. Insofern handelt es sich bei der Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit weniger um die Grenzziehung zwichen zwei Qualitäten, als vielmehr um die U m g r e n z u n g einer einzigen Qualität, nämlich der strafwürdigen Tat.

II. Die s t r a f w ü r d i g e Tat.

Die Umgrenzung der strafwürdigen Tat kann nun nur darin bestehen, den Anforderungen der Strafwürdigkeit entsprechend jene Merkmale festzustellen, die eine Unrechtshandlung haben muß, um strafwürdig zu sein und demgemäß als Straftat normiert werden zu können.

1. Es sind gemäß dem Begriff der Strafwürdigkeit im wesentlichen d r e i M e r k m a l e , die eine strafwürdige Tat haben muß: sie muß e r s t e n s die Beeinträchtigung eines R e c h t s g u t e s enthalten, das seinem Wertgehalt nach nicht unverhältnismäßig geringer ist als die mit der Strafe verwirklichten Gütereinbußen an Freiheit, Vermögen und Ehre. Sie muß z w e i t e n s sozialethisch m i ß b i l l i g t und mißbilligenswert sein, d.h. gegen eine sozialverbindliche, auf der allgemeinen Erkennbarkeit des Wertgehaltes des betreffenden Rechtsgutes beruhende Norm verstoßen. Sie muß d r i t t e n s s t r a f b e d ü r f t i g sein, d.h. Strafe muß das einzig wirksame Mittel sein, um die betreffenden Rechtsgutsangriffe abzuwehren.

a) Was die praktische P r ü f b a r k e i t und F e s t s t e l l b a r k e i t dieser Kriterien für die konkrete Bildung von Straftatbeständen anlangt, so wurde hinsichtlich der Strafbedürftigkeitsprüfung schon das Wesentliche gesagt(1)

1) vgl. o.S.150 f.

Sie ist rein eine Frage der empirischen Tatsachenforschung; denn vornehmlich durch kriminologische und kriminalistische Erfahrungen und Erhebungen wird man im Einzelfall entscheiden können, ob Strafe das wirksamste Abwehrmittel ist.

b) Auch das zweite Merkmal der strafwürdigen Tat, das Bestehen einer sozialethischen Norm, gegen die der Straftäter durch die Rechtsgutsverletzung verstößt, ist im Wege empirischer Forschungen nachzuweisen. Hier wird man vor allem mit sozialpsychologischen Mitteln prüfen müssen, ob ein Rechtsgut eine derartig allgemeine Anerkennung und einen derart starken sozialen Schutz genießt, daß seine Verletzung die Mißachtung einer sozialethischen Pflicht darstellt und deshalb sittlich mißbilligenswert ist.

c) Schwierigkeiten bestehen eigentlich nur bei Entscheidung über das erste Merkmal, die Feststellung also, ob der Unwert der Tat in einem erträglichen Verhältnis zu den mit der Strafe verbundenen Werteinbußen des bestraften Täters steht. Hier ist ein normatives Abwägen zwischen Strafe und Tat notwendig. Doch wird dies dadurch erleichtert, daß die Strafe als solche in ihrer güterbeschneidenden Massivität und moralischen Wucht immerhin eine so bestimmte Größe darstellt, daß sich im Vergleich mit ihr alle geringfügigeren Rechtsgutsverletzungen als nicht gleichwertig herausstellen müssen.

Dagegen hat es nur wenig Sinn, den Wertgehalt eines Rechtsgutes und sein Proportionsverhältnis zum Wertbezug der Strafe von einer objektiven Werttafel oder Wertpyramide ablesen zu wollen. Wohl müßte es möglich sein, ein solches Wertsystem aufzustellen, in dem der verfassungsrechtliche Grundwert der Höchstwert wäre und die Rechtsgüter je nach ihrer Wertnähe wertrangmäßig einzuordnen wären (2). Vielleicht ließe sich sogar der Punkt bestimmen, von dem ab der

---

2) Eine Rangordnung der Werte zu erstellen, wurde schon öfters versucht, vgl. M.SCHELER, Der Formalismus in der Ethik S.107 ff; Nic. HARTMANN, Ethik S.269 ff; HESSEN, Lehrb.d.Phil.II S.72 ff; W.SAUER, System der Rechts- u. Sozialphilosophie S.6 ff.

Wertgehalt eines Rechtsgutes zu gering wäre, um mit dem Wertgehalt der Strafe in ein erträgliches Gleichwertigkeitsverhältnis zu treten. Zweifellos wird man auch sagen können, daß der Wertgehalt eines Rechtsguts mit weitergehender Spezialisierung immer mehr abnimmt und dadurch auch seine Erkennbarkeit immer geringer wird, so daß schließlich der Wertblick des Fachmannes einsetzen muß, um einen objektiv noch vorhandenen Wertgehalt auch subjektiv ins allgemeine Bewußtsein zu heben. Andererseits wird der im Rechtsgut verkörperte Wert umso eher mit der Strafe in einem verträglichen Verhältnis stehen und allgemein erkennbar sein können, je näher er dem wertranghöchsten Grundwert steht. Es ist die "Primitivität" solcher Werte, wie SCHMIDHÄUSER (3) in Anschluß an Nicolai HARTMANN bemerkt, welche sie unmittelbar einsichtig macht und sie schließlich auch wertrangmäßig in vergleichbare Höhe zu den in der Strafe berührten Werte hebt.

Aber trotzdem kommt solchen objektiven Wertrangtafeln für die verhältnismäßige Abwägung von Strafe und Tat nur eine mehr oder weniger verbindliche s y m p t o m a t i s c h e Bedeutung zu. Wie schon SAX (4) betont hat, wäre ein solch rationales System verobjektierter Wertbeziehungen wie alle Systeme ähnlicher Art "wirklichkeitsfremd" und würde das historisch gewachsene System strafrechtlicher Schutzgüter "völlig verwirren". Denn die Werte und dementsprechend auch die Rechtsgüter sind eben nicht statische und unveränderliche Größen, die man ein für allemal in einem rationalen Wertsystem objektiv festlegen könnte, sondern ihr Gehalt und Rang hängt entscheidend ab von der jeweiligen Kulturauffassung und dem jeweiligen Stand der zivilisatorischen Entwicklung. Deshalb ist der Gesetzgeber der Aufgabe nicht enthoben, bei jeder Strafbestandsbildung eine Wertabwägung vorzunehmen und sich zu fragen, ob der mit Strafe zu bedrohende Unwert mit den wertbeschränkenden Übeln der Strafe in einem erträglichen Verhältnis steht.

2. Unter Verwendung der voran erörterten drei Merkmale,

---

3) Gesinnungsmerkmale S.165
4) Grundrechte III 2 S.927/928

die das Wesen des Strafwürdigen ausmachen, müßte eine formelhafte Kennzeichnung der Straftat als strafwürdige Tat wie folgt lauten: S t r a f w ü r d i g und deshalb als S t r a f t a t n o r m i e r b a r sind Handlungen und Unterlassungen, welche ein dem Wertgehalt der Strafe wertproportionales Rechtsgut verletzen, zugleich gegen eine auf der allgemeinen Erkennbarkeit und Anerkennung des Rechtsgutes beruhende sozialverbindliche Schutznorm verstoßen und welche allein durch Strafe wirksam abgewehrt werden können.

III. Die n i c h t - s t r a f w ü r d i g e Tat- die O r d n u n g s w i d r i g k e i t.

1. Da es sich bei der Aufteilung des Gesamts ahndungsbedürftiger Unrechtssachverhalte nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit im eigentlichen Sinne nur um eine U m g r e n z u n g der strafwürdigen Taten handeln kann (5), ist eine Bestimmung des dadurch abgeschiedenen Unrechtsbereiches verständlicherweise nur in n e g a t i v e r Form als "nichtstrafwürdige" Handlungen und Unterlassungen möglich. Nicht zuletzt deshalb müssen die häufiger gebrauchten Gegenüberstellungen von "Kriminaldelikt-Polizeidelikt" oder "Justizdelikt-Verwaltungsdelikt" u.ä. immer etwas Schiefes an sich haben, während die dem Gegensatz von "strafwürdig-nichtstrafwürdig" ähnliche terminologische Gegenüberstellung von "kriminellem und nicht-kriminellem" Unrecht noch am ehesten zu befriedigen vermag (6).

Das schließt aber nicht jede p o s i t i v e Kennzeich-

---

5) vgl. o.S. 179

6) Bezeichnenderweise kann man auf rechtsvergleichender Ebene nur mit einer positiv-negativen Gegenüberstellung arbeiten; so geht etwa SCHOTTELIUS, Materialien II 1 S.11 f in seiner rechtsvergleichenden Übersicht über die Abgrenzungstheorien und gesetzlichen Abgrenzungsregelungen bald von seiner Themenstellung "kriminelles Unrecht - Verwaltungsunrecht" ab und setzt kriminelles und nicht-kriminelles Unrecht gegeneinander. So erklärt sich denn auch, warum manche Gesetzgeber, z.B. der tschechoslowakische, sich mit negativ-formalen Definitionen des nichtkriminellen Unrechts begnügen, vgl. SCHOTTELIUS aaO S.17.

nung der von den strafwürdigen Straftaten abzuscheidenden Delikte aus; denn nur in Bezug auf die Strafwürdigkeit erscheinen sie gegenüber den Straftaten als nicht-soseiend, während sie unter anderen strafrechtlichen Kriterien durchaus positiv bestimmbar sind, ja für eine anderweitige strafrechtliche Sanktionierung, etwa durch Geldbuße, sogar positiv bestimmt und abgegrenzt werden müssen.

Bei einer sachlichen B e g r e n z u n g der Ordnungswidrigkeiten, als welche der deutsche Gesetzgeber die nichtstrafwürdigen Unrechtssachverhalte bezeichnet und den Straftaten gegenübergestellt hat (7), wird nun z w e i e r l e i zu unterscheiden sein: zum einen jene Merkmale der Owi, welche ihre Nichtstrafwürdigkeit ausmachen (unter 2.), zum anderen jene Momente, derentwegen die Owi trotzdem sanktionsfähig und sanktionsbedürftig sind (unter 3.).

2. Mißt man die Tatbestände des Owi-Rechts an den Forderungen der Strafwürdigkeit, so stellt sich heraus, daß ihre Verwirklichungen zwar als Rechtsgutsverletzungen zu betrachten sind (8), ja daß man wegen der Häufigkeit ihrer Begehung sogar oft ihre Strafbedürftigkeit bejahen könnte, aber daß es entweder an einer erträglichen Proportion zu den durch die Strafe verwirkten Gütereinbußen oder noch häufiger an einer allgemein anerkannten, sozialethischen Schutznorm zugunsten des betreffenden Rechtsguts fehlt, so daß eine Rechtsgutsverletzung gar nicht sozialethisch mißbilligenswert sein kann.

a) Der G r u n d hierfür liegt in der bereits gezeigten weitgehenden Spezialisierung und Mediatisierung dieser Rechtsgüter. Dadurch ist weder ihr Wertgehalt groß genug, um mit dem Wertgehalt der Strafe in etwa wertgleich zu sein, noch

---

7) Diese Bezeichnung ist insofern glücklich gewählt, als mit dem neutralen Begriff der Ordnung (im Gegensatz zu den "Verwaltungs"-delikten) eine weite Öffnung für die Hereinnahme aller nichtstrafwürdigen Unrechtssachverhalte besteht. Auch in der "Geldbuße" wurde eine Sanktionsbezeichnung gefunden, die durch Vermeidung des Wortes "Strafe" den nichtstrafwürdigen Charakter der Owi eindrucksvoll unterstreicht. Vgl. zum Zweck dieser gesetzlichen Terminologie auch Eb. SCHMIDT, NdWistr. S.45 f; ROTBERG OWG S.27.

8) Vgl. dazu im einzelnen o.S.83 ff, 87 ff.

ist ihre soziale Bedeutung und Werthaftigkeit evident genug, um allgemein erkennbar zu sein und den Schutz einer sozialverbindlichen Achtungsnorm zu erlangen. Vor allem dieser M a n g e l einer dem r e c h t l i c h e n S c h u t z g e b o t p a r a l l e l e n s o z i a l e t h i s c h e n S c h u t z n o r m kennzeichnet das Wesen des nichtstrafwürdigen Unrechts. Denn wer mangels einer sozialethischen Pflicht überhaupt nicht sozialethisch mißbilligenswert handeln kann, verdient auch nicht den sozialethischen Tadel der Strafe.

b) Diese Auffassung der Owi als sozialethisch neutral - sie kommt im grundsätzlichen den anderen Abgrenzungen nach dem sozialethischen Argument (9) nahe - wird allerdings von manchen Autoren heftigst bekämpft, so u.a. von H. MAYER (10), WELZEL (11), SCHMIDHÄUSER (12), KISCHA (13) und JESCHEK (14). Sicherlich werden die Beispiele aus jüngster Gesetzgebung, wonach offensichtlich sozialethisch gleichgelagerte Unrechtssachverhalte einmal als Straftat, ein andermal als Owi bedroht sind (15), ihren Eindruck nicht verfehlen. Aber können praktische Fehlgriffe des Gesetzgebers, der zudem noch am Anfang eines neuen, noch unbegangenen Weges steht, die Richtigkeit einer theoretisch fundierten Konzeption wirksam erschüttern?

Doch auch die grundsätzliche Behauptung, daß alle Owi sozialethisch relevant seien, bedarf der Richtigstellung. Ganz abgesehen davon, daß sowohl in den mehr beiläufigen Bemerkun-

---

9) vgl. dazu die Übersicht o.S.35 ff. Ihrer Anschaulichkeit wegen wird hier nur auf eine Formulierung von BALDUS, Sitzungsniederschrift I S.89 hingewiesen, wonach es beim kriminellen Unrecht ein "Spiegelbild aus der sozialethischen Sphäre"gebe, beim Verwaltungsunrecht dagegen nicht.
10) Strafrecht S.73
11) JZ 56,241
12) Gesinnungsmerkmale S.166 Anm.33
13) Das Gesetz über Owi S.97 f
14) JZ 59,461
15) So sollen Verstöße gegen die Berufsordnungen der medizinisch-technischen Assistentinnen, Masseure, med. Bademeister und Krankengymnasiasten (Gesetze v.21.12.58) mit Geldbuße, dagegen Verstöße gegen die Berufsordnung der Krankenpfleger (Krankenpflegergesetz v.15.7.57) mit Strafe geahndet werden; vgl. JESCHEK JZ 59,461.

gen H. MAYERs und WELZELs wie auch in den eigehenderen Ausführungen KISCHAs und SCHMIDHÄUSERs der Unterschied zwischen den sozialethischen Pflichten des persönlichen Ethos und denjenigen der allgemeinverbindlichen Sittenordnung, welch letztere allein rechtlich relevant sein können (16), nicht genügend beachtet scheint, muß ferner auch die a l l g e m e i n e sozialethische Pflicht, Rechtsgüter jeder Art und Qualität zu schützen, von der s p e z i e l l e r e n , zugunsten eines bestimmten Rechtsgutes bestehenden S c h u t z p f l i c h t unterschieden und auseinander gehalten werden. KISCHA (aaO) und SCHMIDHÄUSER (aaO) haben zweifellos beide recht, wenn sie die allgemeine sozialethische Pflicht zur Einhaltung und Förderung staatlicher Gebote und Zwecke betonen. Insoweit sind auch die Owi sittlich nicht indifferent. Aber handelt es sich hierbei nicht um eine rein formelle, ebenso zum Wesen jeder Gesetzesverletzung gehörige sittliche Wertwidrigkeit wie auch die formelle Rechtswidrigkeit zu jeder Gesetzesübertretung gehört? Bei den Straftaten jedoch gibt es noch eine andere Sittenwidrigkeit, nämlich die Verletzung jener speziellen sozialethischen Schutznorm, die über das allgemeine Schutzgebot hinaus zugunsten des betreffenden, in seiner Werthaftigkeit erkennbaren Rechtsgutes besteht. Bei den O w i dagegen konnte mangels Evidenz ihrer wertmediatisierenden Qualität ein solches sozialethisches Schutzgebot überhaupt nicht entstehen (17), so daß sie insofern s o z i a l - e t h i s c h i n d i f f e r e n t und von den Straftaten unterscheidbar sind.

c) Somit bleibt es bei der vorausgegangenen Feststellung. Die Ordnungswidrigkeiten sind deshalb nicht-strafwürdig, weil es ihnen an einem dem Wertgehalt und dem sittlichen Pathos

---

16) vgl. dazu o.S.163/164

17) Auch der Versuch SCHMIDHÄUSERs aaO, den bei Straftaten "absolut gesehenen Wert-Telos" einer sittlichen Pflicht bei den Owi mangels einer solchen durch einen "Zweckmäßigkeits-Telos" zu ersetzen, zeigt auf ähnliche Weise, daß bei den Owi eben nur ein allgemeines (im Gegensatz zu speziell) sozialethisches Achtungsgebot besteht, während sich bei Straftaten jeweils eine spezielle sittliche Pflicht zugunsten des betreffenden Rechtsguts entwickeln kann.

der Strafe entsprechende Unwertgehalt fehlt.

3. Die weitergehende Frage, welche p o s i t i v e n M o m e n t e die O w i haben muß, um anderweitig, etwa durch Geldbuße, sanktioniert werden zu können, hat mit der eigentlichen Abgrenzung nichts mehr zu tun, darf aber zur Abrundung des Ganzen noch kurz gestreift werden.

Ihre Beantwortung hängt von der grundsätzlichen Entscheidung über Wesen und Umfang des materiellen Unrechts ab. Geht man wie hier davon aus, daß zur materiellen Rechtswidrigkeit strafrechtlichen Unrechts wesentlich eine Rechtsgutsverletzung gehört (18), dann behalten die von den Straftaten als nicht-strafwürdig abgeschiedenen Ordnungswidrigkeiten ihren Deliktscharakter so lange, als in ihnen R e c h t s g u t s v e r l e t z u n g e n vertypt sind. Zudem ist die S c h u t z - und A h n d u n g s b e d ü r f t i g k e i t dieser Rechtsgüter oft nicht minder groß als bei den Straftaten. Denn gerade weil der Durchschnittsbürger den Sozialschaden und Unwert solcher Rechtsgutsverletzungen gar nicht zutreffend beurteilen kann, besteht die Tendenz, daß solche Regelwidrigkeiten in großer Zahl auftreten und laufend wiederholt werden. Dem kann man entgegentreten durch Geldbußen, durch die der Bürger nicht als sittlicher Versager ausgewiesen wird, sondern auf seine sozialschädliche Handlungsweise aufmerksam gemacht und durch tatentsprechende Vergeltung zur Achtsamkeit ermahnt wird.

§ 22. Wesen und Wert der Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit.

I. Q u a n t i t a t i v e oder q u a l i t a t i v e Abgrenzung?

Daß das weite und vielgestaltige Feld strafrechtsrelevanter Unrechtssachverhalte irgendwie aufzugliedern ist, daß der heimtückische Mord oder der gewinnsüchtige Hochverrat mit der

---

18) zur Begründung dieser Einstellung vgl. o.S.116 ff.

Versäumung der polizeilichen Anmeldepflicht nicht auf gleiche Stufe gestellt und nicht mit gleichem Maße gemessen werden darf, konnte wohl noch nie ernsthaft bezweifelt werden. Aber soll der Unterschied zwischen beiden nur ein quantitativ-gradmäßiger oder sogar ein qualitativ-wesensmäßiger sein? Um diese Alternative geht seit FEUERBACH der Streit.

Wenn man die Abgrenzung nach dem Strafwürdigkeitsprinzip unter dem Aspekt dieser Fragestellung betrachtet, zeigt sich, daß sie je nach dem Blickpunkt, von dem aus man die Straftaten mit den Owi vergleicht, sowohl quantitative wie auch qualitative Unterscheidungselemente enthält.

Stellt man die Abgrenzung nur auf den U n r e c h t s g e h a l t ab, wie es im Anschluß an die Verwaltungsstrafrechtstheorie die herrschende Meinung tut, so ergibt sich bestenfalls ein q u a n t i t a t i v e r Unterschied. Denn Straftaten wie Ordnungswidrigkeiten sind ihrem materiellen Unrecht nach (1) beide Rechtsgutsverletzungen; und auch soweit ihr personaler Handlungsunwert in Betracht kommt, ergeben sich keine qualitativen Verschiedenheiten. Lediglich ein gradmäßiger Unterschied könnte insofern bestehen, als in den Straftaten meist wertnähere Rechtsgüter verletzt werden und ihre Sozialschädlichkeit größer ist als bei den Owi.

Dagegen schlägt der bis dahin noch rein quantitative Unterschied ins Q u a l i t a t i v e um, wenn man die Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit vollzieht. Denn hierbei zeigt sich dann, daß den sozialethisch indifferenten Owi jegliche Gleichwertigkeit mit dem sittlichen Pathos der Strafe abgeht und nur die Straftaten auf Grund der erkennbaren Werthaftigkeit ihrer Rechtsgutsverletzung jenen sozialethischen Unwertgehalt haben, der den sozialethischen Tadel der Strafe rechtfertigt.

Somit besteht trotz Gleichheit bzw. nur gradmäßiger Verschiedenheit der Unrechtsqualität ein w e s e n s m ä ß i g e r Unterschied zwischen Straftaten und Owi, vorausgesetzt, daß man sie an der Strafwürdigkeit mißt. In Übereinstimmung mit SAX (2) kann man diesen Unterschied im An-

---

1) Ihre formelle Rechtswidrigkeit als Rechtsnormverletzung ist sowieso wesensgleich.
2) Grundrechte III 2 S.929

schluß an eine von J. GOLDSCHMIDT (3) geprägte Formel als einen "qualitativen Quantitätsunterschied" bezeichnen.

II. Der formale Charakter der Abgrenzung.

Allerdings ist damit lediglich eine Formel gewonnen. Und wie bei jedem Formalprinzip muß auch hier in Kauf genommen werden, daß sich nur näherungsweise der Punkt bestimmen läßt, wo das strafwürdige Unrecht beginnt. Es wird deshalb eine Unsicherheitszone bleiben, in der sich nicht eindeutig mit mathematischer Sicherheit abwägen läßt, ob die für Tat und Strafe geforderte Gleichwertigkeit besteht oder ob nur eine sozialethisch indifferente Owi vorliegt.

Dieser Formalcharakter muß jedoch nicht nur als Schwäche des Strafwürdigkeitskriteriums angesehen werden. Denn gerade der schon von GOLDSCHMIDT beobachtete Abschichtungsprozeß von den Verwaltungs- zu den Justizdelikten erfordert eine Abgrenzungsformel, die elastisch genug ist, um nicht nur aif die gegenwärtige Lebens- und Kulturordnung zu passen, sondern um auch ihren dauernden Veränderungen zu genügen. Angesichts der Tatsache, daß sich je nach den Bedürfnissen und Errungenschaften des jeweiligen Zivilisationsstandes der Kreis der schutzwürdigen Güter unablässig verengt und erweitert und ihre Rangordnung im gesellschaftlichen Bewußtsein sich ständig verschiebt, wäre es sogar lebensfremd und vermessen, einen absolut gültigen Katalog der Straftaten und Owi aufstellen zu wollen. Was Straftat und was Ordnungswidrigkeit ist, das zu bestimmen wird für jeden Einzelfall Aufgabe des Gesetzgebers bleiben. Aber er ist dabei nicht seiner Willkür überlassen, sondern anhand der vorgeschlagenen Kriterien wird er den vorliegenden Wirklichkeitsstoff auf seine strafwürdigen Elemente hin zu überprüfen haben.

Die Tauglichkeit solcher Formalprinzipien hat sich auch in anderen Fällen schon überzeugend bewiesen. Was etwa die anfangs lebhaft bekämpf-

---

3) Festg. f. Koch S.439

te Generalklausel des § 242 BGB betrifft, so bezeichnet v. TUHR (4) schon 1914 die Funktion des Treu und Glauben-Prinzips als "unentbehrlich für eine sachgemäße Ausübung der Rechtspflege und einen den Lebensverhältnissen sich anpassenden allmählichen Fortschritt des Rechts". Und nach weiteren 45 Jahren größter geschichtlicher Umwälzungen muß LARENZ (5) bestätigen, daß § 242 "aus der Entwicklung unseres bürgerlichen Rechts, ja unseres ganzen Rechtslebens überhaupt nicht mehr wegzudenken" sei. Denn gerade wegen seiner weiten formalen Fassung konnte sich das Prinzip von Treu und Glauben als gern gebrauchtes, ja notwendiges Ventil für sonst unerträgliche positiv-rechtliche Konsequenzen bewähren.

In ähnlicher Weise könnte auch der Gedanke der Strafwürdigkeit als Formalprinzip für die rechtsstaatlich so unabdingbare Reinhaltung des strafwürdigen Unrechtsbereiches fruchtbar gemacht werden. Denn einerseits ließe es sich auf Grund der kasuistischen Ergebnisse ständiger praktischer Handhabung mit weiteren Untersätzen ausgestalten; auf der anderen Seite wäre seine formale Elastizität ein willkommenes Korrektiv, um den ständigen Wandlungen der Rechtswirklichkeit Rechnung zu tragen. Vielleicht würde die Strafe dann wieder das, als was sie noch Rud.v. JHERING (6) charakterisieren konnte, nämlich " W e r t m e s s e r der s o z i a l e n G ü t e r ".

---

4) v.TUHR, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II1 S.547 mit weiteren Nachweisen.
5) LARENZ, Schuldrecht I S.91
6) v.JHERING, Der Zweck im Recht I S.384

2. K a p i t e l

Die Lösung einiger grundlegender Grenzprobleme mit Hilfe der gewonnenen Abgrenzungsformel.

§ 23. Probleme der Einordnung von Tatbeständen als Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten.

I. Die Vereinbarkeit der Abgrenzung nach dem Strafwürdigkeitsprinzip mit der Formel des § 6 WiStG 1949 bzw. § 3 WiStG 1954

1. Wie bereits bemerkt (1), ist es dem Gesetzgeber bei Aufteilung des Gesamtstrafrechts in Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nicht möglich gewesen, die in abstrakten Tatbeständen eingefangenen, aber in ihrer Wirkung oft kaum überschaubaren Verletzungsweisen bereits im voraus als Straftaten oder Owi einzuordnen. Er hat deshalb sog. M i s c h t a t b e s t ä n d e geschaffen, in denen wahlweise Strafe oder Geldbuße angedroht ist (2), und es der mit der konkreten Tatbestandsverwirklichung befaßten Behörde überlassen, diese als Straftat oder als Owi zu ahnden.

Für den Bereich des W i r t s c h a f t s s t r a f r e c h t s hat der Gesetzgeber dem Praktiker in § 6 WiStG 1949 bzw. § 3 WiStG 1954 zugleich eine F o r m e l in die Hand gegeben, nach der er die Einordnung eines Mischtatbestandes beurteilen und vornehmen soll. Zwei Kriterien, von denen jeweils nur eines erfüllt sein muß (3), sind es, nach denen sich die Verwirklichung eines Mischtatbestandes als Straftat qualifiziert: nämlich entweder die o b j e k t i v e oder die s u b j e k t i v e I n t e n s i t ä t der Tat.

Die Verwaltungsstrafrechtstheorie war nicht in der Lage, diese Formel mit ihrer Abgrenzungskonzeption in Einklang zu

---

1) vgl. o.S.6
2) vgl. § 1 III OWG
3) ERBS, Strafr. Neb.ges. § 6, 2A WiStG 1952

bringen. Was das objektive Kriterium betrifft, so konnte die Verwstrtheorie mit ihrer Auffassung der Owi als reinen Ungehorsams nicht verständlich machen, wie bei einem Mischtatbestand, der, da er auch Owi sein könnte, selbst noch kein Rechtsgut enthalten darf, die objektive Intensität der Tatbegehung allein die für die Straftat erforderliche Rechtsgutsverletzung begründen soll (4). Noch weniger vermag eine rein subjektive Intensität des Täters das im Mischtatbestand noch nicht enthaltene Rechtsgut zu erbringen (5).

Für die Abgrenzung nach dem Prinzip der Strafwürdigkeit bestehen solche Schwierigkeiten nicht. Sie läßt sich, wie nachfolgend zu zeigen ist, sowohl mit der objektiven wie mit der subjektiven Formel des § 6 WiStG 1958 bzw. § 3 WiStG 1954 vereinbaren und bleibt somit auf dem Boden des geltenden Rechts.

2. Die o b j e k t i v e Intensität des § 3 Abs. 1 Nr.1 WiStG.

a) Sieht man von der für die Unrechtsbewertung ohnehin nicht relevanten Strafbedürftigkeitsfrage ab, so besteht das die Straftat charakterisierende Moment darin, daß in ihr ein dem sittlichen Pathos der Strafe gleichkommender sittlicher Unwert verwirklicht ist. Dieses proportionale Maß an sittlichem Unwert ist dann erreicht, wenn die Tat neben der Verletzung eines wertnahen Rechtsgutes einen Verstoß gegen eine auf der allgemeinen Erkennbarkeit und Anerkennung des betreffenden Rechtsguts basierende sozialverbindliche Schutznorm enthält. Somit gilt es bei der Frage, ob sich diese Konzeption mit der objektiven Abgrenzungsformel des § 3 WiStG 1954 vereinbaren läßt, aufzuweisen, wie die Verletzung des Rechtsgutes "Wirtschaft" in den Bereich des Sozialnormwidrigen verstoßen kann, bzw. noch spezifischer ist zu fragen, ob die in § 3 I Nr. 1 WiStG 1954 aufgeführten Umstände, nämlich eine Tat, die "ihrem Umfang oder ihrer Auswirkung nach geeignet ist, die Ziele der Wirtschaftsordnung ... erheblich

4) vgl. im einzelnen o.S.75 f.
5) vgl. im einzelnen o.S.76 f.

zu beeinträchtigen", zugleich den Tatbestand des S o z i a l n o r m w i d r i g e n erfüllen.

b) Zur Beurteilung dieser Frage ist auszugehen von der besonderen Struktur des Rechtsgutes W i r t s c h a f t . Sie hatte sich herausgestellt als eine Gesamtheit von funktional zusammenwirkenden Einzelaktivitäten; jeder Einzelplan eines Betriebes oder Haushaltes wirkt auf andere Einzelpläne zurück, alle Einzelpläne zusammen stehen "in einem denkbar engen und exakten Beziehungszusammenhang" (6). Dieser S t r u k t u r c h a r a k t e r bringt es mit sich, daß nicht nur jede bewußte oder bezweckte Störung des Wirtschaftsgefüges ihr wirtschaftsschädliches Ziel erreicht, sondern daß sich schon jede Nachlässigkeit eines Strukturgliedes über den Eigenschaden hinaus auf die Gesamtheit des Wirtschaftsgefüges nachteilig und schädlich auswirkt.

Damit ist zunächst nur ausgesagt, daß sich Verstöße gegen Wi-strafgesetze nicht nur als Ungehorsam gegenüber einem Gesetzesbefehl erweisen, wie die VerwstrTheorie hinsichtlich der Owi-Tatbestände irrig meint, sondern daß sie darüber hinaus auch die Wirtschaft als Rechtsgut verletzen. Wie aber verhält es sich mit der hier interessierenden Sozialnormwidrigkeit solcher Verletzungsweisen?

Man wird nicht schon jede geringfügige Nachlässigkeit als sozialnormwidrig ansehen können, selbst wenn man das wirtschaftliche Erfahrungsgesetz, daß sich jedes Versagen einer Einzelaktivität auf das Gesamtgefüge auswirkt, als allgemein erkennbar voraussetzen darf. Denn gerade im wirtschaftlichen Zusammenspiel der Kräfte werden kaufmännischer Unternehmungsgeist und Risikobereitschaft jene Grenze des für die Wirtschaftsordnung Zuträglichen oftmals überschreiten und deshalb ahndungsbedürftig sein, ohne aber bereits auch sozialethisch verwerflich zu sein; denn solch unlauteres Geschäftsgebaren bewegt sich oft noch zu sehr im Grenzbereich des unter wirtschaftenden Menschen Erlaubten, als daß man hier bereits vom Bestehen eines sozialverbindlichen

---

6) Fr.BÖHM, Recht u. Staat 153/154 S.13; vgl. im übrigen o. S.89f.

Verbots sprechen könnte (7).

Damit ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß nicht auch wirtschaftsschädigende Handlungsweisen in den Bereich des Sozialnormwidrigen und damit Strafwürdigen vorstoßen könnten. Dies ist gerade auf einem dem Strukturcharakter der Wirtschaft eigentümlichen Wege möglich, nämlich durch besondere objektive Intensität der Tat. Bei anderen Rechtsgütern, die nicht die gleiche funktionale Strukturiertheit aufweisen, wie etwa das Leben, die Freiheit, das Eigentum, kann eine Verletzung kaum durch Intensität allein sozialnormwidrig werden, wenn sie nicht schon aus anderen Gründen sittlich mißbilligenswert ist. So macht es einerseits vom Standpunkt des Sozialethischen kaum einen Unterschied, ob sich der jagdmäßig Ausgerüstete 1 oder 24 Stunden im fremden Jagdgebiet aufhält (8), solange er nicht schießt; dann aber wäre bereits ein anderes, höheres Rechtsgut verletzt. Andererseits bleibt auch beim geringfügigsten Diebstahl der sozialethische Vorwurf bestehen (9).

Bei Verletzung der Wirtschaft dagegen kann schon allein die I n t e n s i v i e r u n g der Tat zum S o z i a l n o r m w i d r i g e n vorstoßen. Das liegt darin begründet, daß die Wirtschaft als ein Funktionsgefüge großen Ausmaßes den Zug ins Große und Weiterwirkende hat; ihre Schädigung kann geringfügig sein, aber auch gewaltige Auswirkungen haben. Bei solchen ins Große gehenden Wirtschaftsschädigungen kann keine Rede mehr davon sein, daß sich der Täter hier noch im Nachbarbereich zum standesüblichen Verhalten bewege. Hier wird der Spielraum des unternehmerischen Risikos weit überschritten und das Rechtsgut Wirtschaft in seiner Bedeutung und Wertnähe allgemein erkennbar und einsichtig. Damit aber muß in diesen Fällen die Existenz eines sozialverbindlichen Verbots derartiger Handlungsweisen angenommen werden.

---

7) Nur deshalb war es auch möglich und geboten, viele Tatbestände des KartellG nur als Owi oder Zuwiderhandlungen zu normieren; vgl. R.LANGE, Dt. Landesreferate 1958 S.226.
8) vgl. § 368 Ziff.10 StGB
9) vgl. auch SAX, Grundrechte III 2 S.927 Anm.54 gegen H. MAYER. Strafrecht S.73

Das hat zur Folge, daß bei Verwirklichung solcher ins Große gehender Wirtschaftsschädigungen nicht nur eine quantitativ große Rechtsgutsverletzung vorliegt, sondern zugleich ein Verstoß gegen ein sozial allgemein anerkanntes Verbot, welcher die Tat sozialethisch mißbilligenswert macht. Folglich ist hier denn auch das sozialethische Unwerturteil der Strafe verdient.

c) Diese K o n z e p t i o n wird auch der g e s e t z l i c h fixierten F o r m e l des § 3 I Nr. 1 WiStG vollauf gerecht. Nur darf man sie nicht im Sinne der Verwstrtheorie lesen und verstehen wollen. Da nach deren Auffassung von der Owi als reinen Ungehorsams auch dem Mischtatbestand selbst jeglicher Rechtsgutsgehalt fehlen muß, wird in der objektiven Intensität des Tatumfangs und der Tatauswirkung, in dem "erheblichen Größenausmaß ihrer Wirkung" die Rechtsgutsverletzung erblickt (10). Dadurch kommt der objektiven Formel des § 3 I Nr. 1 WiStG 1954 die Funktion zu, die für eine Wirtschaftsstraftat notwendige Rechtsgutsverletzung k o n s t i t u i e r e n d zu beschreiben.

Geht man aber richtiger Ansicht nach davon aus, daß bereits die geringfügigste Wirtschaftsschädigung eine Rechtsgutsverletzung enthält, dann haben die objektiven Tatumstände des § 3 I 1 Nr. 1 WiStG 1954 nicht mehr selbst eine Rechtsgutsverletzung zu begründen, sondern sie haben die besonders wirkungsreichen und folgenschweren Arten der Verletzungsweisen nur zu beschreiben und zu erfassen, also lediglich die größere Q u a n t i t ä t der Rechtsgutsverletzung in den U n r e c h t s g e h a l t e i n z u b e z i e h e n .

Doch darüber hinaus kommt der objektiven Formel auch Bedeutung für den s o z i a l e t h i s c h e n Unwertgehalt der Tat zu. Da sie nämlich gerade jene Umstände beschreibt, unter welchen der Rechtsgutsgehalt der Wirtschaftsverletzung allgemein erkennbar wird und man folglich auch von der sozialethischen Mißbilligung dieser Verletzungsarten ausgehen kann, gibt sie zugleich den Umfang kund, in welchem wirtschaftsschädliches Handeln sittlich mißbilligenswert und deshalb auch der sozialethische Tadel der Strafe gerechtfertigt

10) vgl. Eb. SCHMIDT, NdWistr. S.37

ist.

In Überwinstimmung mit der hier vertretenen Abgrenzungskonzeption setzt also die objektive Formel des § 3 WiStG 1954 bereits grundsätzlich eine Rechtsgutsverletzung voraus und beschreibt selbst nur jene Umstände, bei deren Vorliegen das sozialethische Unwerturteil der Strafe verdient und eine in dieser Weise vorgenommene Mischtatbestandsverwirklichung dementsprechend als Straftat einzuordnen ist.

3. Die s u b j e k t i v e Intensität des § 3 Abs.1 Nr. 2 WiStG.

Auch dieses subjektive Abgrenzungskriterium, wonach eine Mischtatbestandsverwirklichung als Straftat zu behandeln ist, wenn "der Täter die Zuwiderhandlung hartnäckig wiederholt, gewerbsmäßig, aus verwerflichem Eigennutz oder sonst verantwortungslos handelt und durch sein Verhalten zeigt, daß er das öffentliche Interesse an dem Schutz der Wirtschaftsordnung ... mißachtet", ist mit unserer Abgrenzungskonzeption vorbehaltlos vereinbar. Denn anders als bei der Verwstrtheorie, wo diese subjektiven Einstellungsweisen des Täters von sich aus die für die Straftat notwendige Rechtsgutsverletzung zu erbringen hatten, lassen sie sich nach der hier vertretenen Auffassung im Sinne der allgemeinen Strafrechtslehre als s u b j e k t i v e U n r e c h t s e l e m e n t e verstehen. Als solche treten sie zu der bereits in der Wirtschaftsschädigung liegenden Rechtsgutsverletzung lediglich unrechtsverstärkend hinzu.

Allerdings handelt es sich hierbei nicht um subjektive Unrechtselemente, wie sie auch den Owi zukommen könnten, sondern die in § 3 I Nr. 2 WiStG 1954 genannten Handlungsweisen der hartnäckigen Wiederholung der Gewerbsmäßigkeit oder sonstigen Verantwortungslosigkeit, welche alle Ausdruck einer nachhaltigen wirtschaftsfeindlichen Einstellung sind, erfassen und vertypen Handlungsvollzüge, die in ihrem sozialschädlichen Gehalt allgemein e r k e n n b a r und s o z i a l e t h i s c h m i ß b i l l i g t sind. Tritt deshalb eines dieser subjektiven Momente zu einer Wirtschaftsschädigung hinzu, so macht es die betreffende Rechtsgutsverletzung sozialethisch mißbilligenswert und verdient Strafe. Dann ist auch ihre Einordnung als Straftat zulässig und geboten.

II. Die Ausdehnbarkeit der Abgrenzungsformel des § 6 WiStG 1949 auf andere Deliktsbereiche.

Der Gesetzgeber des OWG hat sich in dessen § 1 III zwar für Beibehaltung der Mischtatbestände, vom Gesetz "Zuwiderhandlungen" genannt, entschieden, im übrigen aber die Frage der materiellen Einordnung konkreter Mischtatbestandsverwirklichungen offen gelassen, insbesondere darauf verzichtet, dem zum Vollzug berufenen Praktiker eine für alle Mischtatbestände gültige Abgrenzungsrichtlinie in die Hand zu geben (11). Da die Formel des § 6 WiStG 1949 bzw. § 3 WiStG 1954 die bislang einzige, aber nur auf das Wirtschaftsstrafrecht bezogene Abgrenzungsrichtlinie ist (12), hat Eb. SCHMIDT mit Berufung auf ihre praktische Bewährung den Vorschlag gemacht, sie allgemeiner zu fassen und auf die übrigen Deliktsbereiche auszudehnen (13).

In gesetzestechnischer Übereinstimmung mit der ursprünglichen Fassung der wirtschaftsstrrechtlichen Abgrenzungsformel in § 6 WiStG 1949 nennt die von SCHMIDT (aaO) empfohlene allgemeine Formel zunächst das Verletzungsobjekt, nämlich "das staatliche Interesse an Bestand und Erhaltung der staatlich gesetzten Ordnung eines bestimmten Sachgebietes im ganzen oder in einzelnen wesentlichen Beziehungen". Die straftatcharakterisierenden Umstände sollen objektiv darin bestehen, daß "die Zuwiderhandlung ihrer Bedeutung oder ihrer Auswirkung nach den mit der Ordnung des betreffenden Sachgebietes erstrebten (insbesondere

---

11) Der sich mit der Einordnung der Mischtatbestände befassende § 2 OWG hat nämlich nur formelle Bedeutung (STOECKER, OWG S.2 u. ERBS-KOHLHAAS § 2 OWG sprechen von "deklaratorischem Charakter") und verweist lediglich auf die für die betreffende Handlung geltenden materiellen Abgrenzungsvorschriften.

12) vgl. ROTBERG, OWG S.44

13) Eb. SCHMIDT JZ 51,103; auch KISCHA, Das Gesetz über Owi S.53, der ansonsten die verwstrtheoretische Aufteilung von Straftaten und Owi grundsätzlich ablehnt, hält eine Verallgemeinerung des § 3 WiStG 1954 für möglich.

wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen) Zustand als solchen zu beeinträchtigen geeignet ist"; subjektiv straftatbegründend soll sein, daß "der Täter mit seiner Zuwiderhandlung eine Einstellung bekundet, die die staatlich gesetzte Ordnung des betreffenden Gebietes mißachtet, insbesondere daß er gewerbsmäßig, aus verwerflichem Eigennutz oder sonst verantwortungslos gehandelt oder Zuwiderhandlungen hartnäkkig wiederholt hat".

Es sind nicht nur die B e d e n k e n , die sich aus den vielen offenen und ausfüllungsbedürftigen, ja letztlich uferlosen Begriffen gegen die praktische Brauchbarkeit dieser allgemeinen Formel ergeben; noch stärker spricht gegen sie der gewichtige Umstand, daß sie der Formel für ein Schutzobjekt nachgebildet ist, welches eine ganz spezifische Struktur hat. Muß das nicht notwendig dort zu Schwierigkeiten führen, wo die Allgemeinformel auf R e c h t s g ü t e r a n d e r e r S t r u k t u r angewendet werden soll?

Die Formel des § 6 WiStG 1949 ist abgestellt auf Wirtschaftsschädigungen, auf ein Rechtsgut also, das bereits als ein Ordnungsgefüge von funktional zusammenwirkenden Einzelaktivitäten gekennzeichnet wurde. Die Folge ist, daß sich schon jedes Versagen eines Einzelgliedes für das Gesamtgefüge nachteilig bemerkbar macht und die Tendenz zur Ausweitung hat. Dieser Sachverhalt bringt es mit sich, daß wirtschaftsstrafrechtliche Zuwiderhandlungen allein schon durch größenmäßige Steigerung der Wirtschaftsschädigung in den Bereich des Sozialnormwidrigen vorstoßen und deshalb sozialethisch mißbilligenswert sein können. Diesen Umständen allein trug die Formel des § 6 WiStG 1949 Rechnung, wenn sie die objektive oder subjektive Intensivierung der Wirtschaftsbeeinträchtigung als straftatgemäß deklarierte. Eine Verallgemeinerung und Ausdehnung dieser Formel auf andere Deliktsbereiche kann deshalb nur da sinnvoll und gerechtfertigt sein, wo sich Rechtsgüter gleicher Struktur und ähnlicher quantitativer Steigerungsmöglichkeiten aufweisen lassen.

Das ist jedoch nur in begrenztem Maße der Fall. Man wird es wohl für die staatliche V e r w a l t u n g bejahen können. Auch sie ist ein funktionales Gefüge von mannigfachen

Einzelkräften, in das in steigendem Maße auch der Bürger eingespannt ist. Auch hier stört schon jede Nachlässigkeit, etwa die Versäumung der amtlichen Anmeldung, das Unterlassen der Anzeigung von Personenstandsänderungen, den reibungslosen Ablauf der Verwaltung. Darüber hinaus kann etwa die Mißachtung von Baurechtsvorschriften zu gewaltigen Sozialschäden führen. Deshalb mag bei den echten Verwaltungsdelikten, d.h. solchen, die sich gegen die spezifischen Verwaltungsaufgaben richten, noch eine auf objektive Ausweitung oder subjektive Verantwortungslosigkeit abgestellte Formel denkbar und tragbar sein. Dagegen wird es schon zweifelhaft, ob sich in dem viel stärker von freier Entfaltung geprägten Bereich der K u l t u r , auch soweit sie staatlich gefördert und kontrolliert wird, ein funktionales Gesamtgefüge nachweisen läßt. Hier handelt es sich im Grunde meist um Verletzung von begrenzten Einzelrechtsgütern wie der Urheberrechte, der künstlerischen Ehre, der freien Betätigung. Durch quantitative Steigerung der Rechtsgutsverletzung allein wird man hier kaum bis zur Strafwürdigkeit vorstoßen, wenn die Verletzung nicht schon aus anderen Gründen sittlich mißbilligenswert ist und deshalb Strafe verdient.

Diese Hinweise mögen genügen; denn sie sollten ja nur die G r e n z e n aufzeigen, die der von SCHMIDT angestrebten allgemeinen Ausdehnung des § 6 WiStG 1949 gesetzt sind (14). Sie kann nur bei jenen Rechtsgütern möglich sein, die eine der Wirtschaft ähnliche Struktur aufweisen. Aber auch hier besteht die Strafwürdigkeit darin, daß die in solch objektiver oder subjektiver Intensität vorgenommenen Rechtsgutsverletzungen sozialnormwidrig und deswegen als strafwürdig anzusehen sind. Was deshalb die Ausgestaltung von Einordnungsformeln anbelangt, so gilt der Grundsatz, daß "die Abgrenzungsrichtlinie der Besonderheit des jeweiligen Rechtsgebiets entsprechen muß" (15).

III. Die straftatbestandliche Einordnung der Verletzung von " s i m p l e n " Rechtsgütern.

1. Mit der praktischen Unmöglichkeit, die gesetzliche Ab-

14) Skeptisch gegen eine Ausdehnung dieser wirtschaftsstrafrechtlichen Abgrenzungsformel auch WIMMER, Fahrlässige Verletzung S.9

15) so ROTBERG, OWG S.32

grenzungsrichtlinie des § 6 WiStG 1949 allgemein auszudehnen, bleibt noch eine große Anzahl von Rechtsgütern, die einem der beiden Deliktsbereiche zuzuordnen sind. Insbesondere wird hier die in erster Linie dem Gesetzgeber obliegende Einordnung des weiten Feldes der heute noch als Übertretungen mit Strafe bedrohten Tatbestände problematisch.

Ihrem spezifischen Gutscharakter nach handelt es sich hierbei zumeist um Rechtsgüter, die keine funktionale Gefüge- oder Beziehungsstruktur haben wie Wirtschaft oder Verwaltung, sondern in einem einheitlichen, simplen Wertsachverhalt bestehen. Man denke an die Rechtsgüter des Raupens (§ 368 Nr.2 StGB), der Nachschlüsselanfertigung (§ 369 Nr. 1 StGB), des Feldfriedensbruchs (§ 368 Nr. 9 StGB). Hier kann das Einordnungskriterium nicht in einer (gar nicht möglichen) Steigerung des quantitativen Verletzungsgehalts und der damit wachsenden sittlichen Normwidrigkeit gesucht werden, sondern hier ist auf die Grundlinie unserer Abgrenzungskonzeption zurückzugehen, wonach strafwürdig und straftatgemäß jene Rechtsgutsverletzung ist, die einen der güterbeschränkenden Wirkung der Strafe proportionalen Unwertgehalt hat und darüber hinaus auch sozialethisch mißbilligt ist. Dies festzustellen ist freilich Sache der konkreten Wertung eines jeden Rechtsverletzungstyps. So ist etwa der Unwertgehalt des § 368 Nr. 3 StGB, wonach sich strafbar macht, wer ohne polizeiliche Erlaubnis eine vorhandene Feuerstätte verlegt, nicht groß genug, um mit einer kriminellen Geldstrafe, hinter welcher ohnehin gem. § 29 StGB die Freiheitsstrafe der Haft droht, in erträglichem Verhältnis zu stehen. Außerdem ist der Unwertgehalt dieser Handlungsweise gar nicht allgemein erkennbar genug, um ihn als sozialethisch mißbilligt ansehen zu können. Deshalb müßte der hier nur beispielhaft bewertete Tatbestand des § 368 Nr. 3 StGB künftig als Owi behandelt werden.

2. Noch ein weiteres ist bei Beurteilung von simplen Rechtsgutsverletzungen zu beachten. Manchmal möchte es scheinen, als ob auch bei diesen Rechtsgutsverletzungen quantitätsmäßige, in den Bereich des Sozialnormwidrigen vorstoßende Un-

r e c h t s s t e i g e r u n g e n denkbar oder möglich wären, so etwa, wenn der von einem Hund gehetzte Mensch einen seelischen Schock erleidet oder der für die Jagd ausgerüstete "Fremdrevierspaziergänger" auf einen vorbeihuschenden Hasen zu schießen beginnt.

Genau betrachtet liegen aber hier keine Verletzungsintensivierungen gegen das gleiche Rechtsgut vor, sondern in Wirklichkeit findet sich in dem als schwerer empfundenen Fall ein anderes, höherrangiges und deshalb im sozialethischen Schutzbereich liegendes Rechtsgut vor. So verletzt der auf den Hasen schießende Fremdrevierspaziergänger nicht mehr nur in verstärkter Form das Rechtsgut des fremden Jagdgebietes (§ 369 Nr. 10 StGB - ein Haus- und Feldfriedensbruchähnliches Delikt), sondern bereits das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten (§ 292); dieses aber steht im Schutz der sozialen Sittenordnung. Oder wenn der vom Hund Gehetzte einen Schock erleidet, dann liegt nicht mehr nur ein Delikt des § 366 Nr.6 StGB vor, sondern eine Körperverletzung gem. § 223 StGB, welche sozialethisch mißbilligenswert und strafwürdig ist. Entsprechendes wird sich auch in anderen Fällen, wo eine Steigerung als möglich erscheint, herausstellen. Deshalb ist immer zu prüfen, ob in dem lediglich schwerer anmutenden Fall in Wirklichkeit nicht ein höheres Rechtsgut verletzt ist.

3. Schon diese wenigen Beobachtungen zeigen ferner, daß es immer ein gewagtes, ja zum Mißlingen verurteiltes Unternehmen ist, eine über die Formalprinzipien der Grundkonzeption hinausgehende, mehr oder weniger kasuistisch gestaltete Abgrenzungsformel zu finden. Die Vielfalt und Verschiedenartigkeit der sozialschädlichen Handlungsweisen und ihre ständige Fortentwicklung werden solche Begriffsfesseln recht bald zerreißen. Deshalb wird der Gesetzgeber noch stärker als der mit der Bewertung eines Mischtatbestandes befaßte Praktiker, dem man noch eher mit Teilbereichsformeln ähnlich der des § 3 WiStG 1954 helfen kann, bei Aufstellung und Einstufung von neuen Tatbeständen auf die Eigenart der betreffenden Rechtsgüter einzugehen und auf die Grundlinie der Abgrenzungskonzeption zurückzugehen haben. Und nur jene Tatbe-

stände, deren Unwertgehalt sich dem der Strafe als proportional erweist, wird er nach dem Grundsatz der Strafwürdigkeit dann als Straftaten normieren können.

§ 24. Das Problem der versuchten Ordnungswidrigkeit.

1. Der Verwstrtheorie mit ihrer Auffassung der Owi als reinen Ungehorsams konnte es nicht gelingen, den Inhalt und die Grenzen der versuchten Owi verständlich zu machen und abzustecken, ohne dabei in innere Widersprüche mit sich selbst zu geraten. Obwohl sie nämlich grundsätzlich jeden Rechtsgutsgehalt der Owi leugnet, ist sie bei konstruktiver Begründung des Versuches einer Owi doch gezwungen, den Charakter der Owi als Rechtsgutsverletzung plötzlich wieder anzuerkennen. Denn nur im Rückgriff auf "das durch die Norm geschützte Rechtsgut (!)"(1) und den Grad seiner Gefährdung oder Verletzung läßt sich zwischen dem Versuch einer Owi und ihrer Vorbereitung eine brauchbare Grenze ziehen (2).

2. Bei einer Abgrenzung nach dem Strafwürdigkeitsprinzip dagegen wird man für die Begründung der versuchten Owi zu keinen solchen Inkonsequenzen gezwungen. Hier hat die als Rechtsgutsverletzung anerkannte Owi im Rechtsgut einen materialen Tatbestandsbezug, so daß schon der Entschluß nicht mehr nur gegen ein im Tatbestand vertyptes, rein subjektiv-personales Gehorsamsgebot oder Ungehorsamsverbot ausgerichtet sein muß, sondern durch Anstrebung der im Owi-Tatbestand vertypten Rechtsgutsverletzung Farbe und deutlichere materiale Bestimmtheit erhält.

---

1) so inkonsequent der Verwstrtheoretiker ROTBERG OWG S.67.
2) vgl. im einzelnen o.S.78 ff.

Doch noch wesentlicher ist die Auffassung der Owi als Rechtsgutsverletzung für die Grenzziehung zwischen A u s f ü h r u n g s - und bloßer straffreier V o r b e r e i t u n g s h a n d l u n g . Man kommt in solchen Grenzfällen nicht weit, wenn man die Abgrenzung allein auf den Grad der Tatbestandsverwirklichung abstellen will; denn die Problematik dieser Fälle liegt ja meist gerade in der Frage, von welchem Punkt an man überhaupt vom Beginn der Tatbestandsverwirklichung sprechen kann. Deshalb muß die formelle Methode der Tatbestandssubsumtion mit "materiellen" Gesichtspunkten verbunden und ergänzt werden (3).

Bei allem Streit, der im einzelnen um die Gewinnung solch materieller Anhaltspunkte für die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung geführt wird, ist man sich doch insoweit grundsätzlich einig, daß die entferntere oder nähergerückte Rechtsgutsgefährdung darüber entscheiden müsse, ob noch Vorbereitung oder schon Versuch anzunehmen ist (4). Dadurch wird es möglich, den Versuch einer Owi nach den gleichen Kriterien von der Vorbereitungshandlung abzugrenzen wie den einer Straftat. Denn da auch die Owi Rechtsgutsverletzungen sind, kann auch bei ihnen der Grad der Rechtsgutsgefährdung als maßgebliches Kriterium für den Beginn der Tatbestandsverwirklichung in entsprechender Weise herangezogen werden.

Damit ist zugleich der Anschluß an die allgemeine Problematik der objektiven und subjektiven Versuchstheorien gewonnen (5). Da es sich aber hierbei bereits um Probleme der allgemeinen Versuchslehre handelt, die für die versuchte Owi keine wesentlichen Besonderheiten enthalten, darf insoweit auf die einschlägigen Ausführungen der Lehrbücher und Kommentare (6) verwiesen werden.

---

3) Vgl. MEZGER AT S.204
4) so u.a. MAURACH AT S.396; MEZGER AT S.205; grundlegend RG 59,386
5) d.h. an die Frage, ob der Grad der Rechtsgutsgefährdung nach objektiven, subjektiven oder subjektiv-objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist.
6) ausführlich SCHÖNKE-SCHRÖDER § 43 I 2; MAURACH AT S.396 ff.

§ 25. Die Problematik des Unrechtsbewußtseins bei Ordnungswidrigkeiten.

I. Der Inhalt des Unrechtsbewußtseins.

Die Problematik des fehlenden Unrechtsbewußtseins ist gerade im Bereich des Owi-Rechts von besonderer Bedeutung. Denn bei der zumal in Krisenzeiten unvermeidlichen Fülle und Vielfalt von sozialethisch farblosen, oft nur kurzfristigen Ordnungsnormen und inhaltlosen Blankettdrohungen (1) ist es dem juristischen Laien - und nicht nur diesem - nicht möglich, die einzelnen Verbote und Gebote zu kennen und zu übersehen, geschweige daß diese als allseits anerkannte Verhaltensnormen in das Pflichtbewußtsein der Allgemeinheit dringen und damit Bestandteil der sozialverbindlichen Sittenordnung werden könnten (2).

Dieser Mangel an sozialethischer Verbindlichkeit der Owi-Normen kann für den Inhalt und Umfang des Unrechtsbewußtseins bei Owi nicht ohne Auswirkung bleiben. Es zeigt sich dies an den Anforderungen, die man bei der Owi an die Kenntnis vom Verbotensein der Tat stellen muß.

Während es für das Unrechtsbewußtsein bei Straftaten genügen kann, daß der Täter "das Verbotensein seiner Tat unter dem Gesichtspunkt des von ihm verwirklichten Tatbestandes kannte oder kennen mußte", wofür "Kenntnis nach Laienart" ausreicht (3), der Täter also schon dann in Unrechtsbewußtsein handelt, wenn er eine Vorstellung von der allge-

---

1) d.s. sog. "schlichte Geldbußdrohungen", in denen sich der Gesetzgeber auf die Androhung einer Geldbuße beschränkt und auf ein anderweitiges, oft erst noch zu erlassendes Gebot oder Verbot verweist, das durch die Bußdrohung geschützt werden soll; vgl. ROTBERG OWG S.70.

2) So kann es nicht erstaunen, daß die erste legislatorische Äußerung zum Verbotsirrtum in der sog. Irrtumsverordnung v.18.1.1917 (RGBl.S.58) für das Gebiet des Nebenstrafrechts erfolgte. Über die anschließende Entwicklung vgl. ROTBERG OWG S.72,74.

3) so BGH 10,41.

meinen Unrechtmäßigkeit seiner Handlung hat oder haben kann. (4), ist im Owi-Recht für eine solche Formel kein Raum. Denn wenn das wesentliche negative Merkmal der Owi gerade darin gesehen werden mußte, daß ihr mangels einer sozialethischen Schutznorm jeglicher sozialethischer Unwertgehalt abgeht, dann kann eine Formel für den Inhalt des Verbotsirrtums schon logisch nicht an den Glauben an ein sozialethisches, vorpositives Verbotensein der betreffenden Tat geknüpft werden. Man muß hier vielmehr wieder auf den G r u n d i n h a l t des U n r e c h t s b e w u ß t s e i n s zurückgehen, so wie er auch eigentliche Grundlage des kriminellen Unrechtsbewußtseins ist, nämlich auf die Kenntnis der p o s i t i v r e c h t l i c h e n Verbotswidrigkeit. Auch bei den Straftaten wird im Grunde die Kenntnis der positiven Rechtswidrigkeit nicht durch ein s o z i a l e t h i s c h e s Unwertsbewußtsein ersetzt, sondern dieses hat nur den Charakter eines S y m p t o m s: man schließt aus der Tatsache, daß dem Täter das allgemeine soziale Verbotensein seiner Handlungsweise bekannt war, auf die Kenntnis des rechtlichen Verbots (5). Bei den Owi freilich kann es dieses Symptom mangels eines sozialethischen Verbotenseins überhaupt nicht geben (6). Hier wird daher, wie HARTUNG (7) anschaulich formuliert hat, "das Unrechtsbewußtsein nur aus der Kenntnis der Norm selbst entspringen können, sich also mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit dekken". Deshalb kann für das Unrechtsbewußtsein bei Owi nur das unrechtsbegründende r e c h t l i c h e V e r b o t sicher und rechtsstaatlich unbedenklicher B e w u ß t s e i n s i n h a l t sein.

Diese Forderung, die in der Rechtslehre schon früh erho-

---

4) in diesem Sinne u.a. KOHLRAUSCH-LANGE § 59 II 2h, V2. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 VI 1; MEZGER LK § 59 II 14b; DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm.6 OWG.

5) Dies ist deshalb möglich, weil der Täter bei der Gesamtbewertung des eigenen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des sozialethischen Unwerts auf ein rechtliches Verbot schließen kann, vgl. KOHLRAUSCH-LANGE § 59 V2

6) im gleichen Sinne DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm.6 OWG.

7) DRZ 1949,345

ben (8) und später immer entschiedener unterstützt wurde (9), hat inzwischen auch ihre gesetzliche Verwirklichung erfahren (10), indem der Gesetzgeber in § 12 OWG für alle Owi verbindlich die " r e c h t l i c h e Vorschrift, die rechtliche Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer Handlung" zum Kriterium des Verbotsirrtums erklärt hat (11). Damit hat sich auch der Gesetzgeber in einer gesetzestechnisch interessanten Fassung (12) für eine Irrtumsregelung entschieden, die voll und ganz dem sozialethisch indifferenten Charakter der Owi entspricht, wie es sich aus der Abgrenzung nach

---

8) so von M.E. MAYER, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S.128 f; KÖHLER, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904, S.76 ff.

9) so u.a. von Rich.LANGE SJZ 1948,310; Eb.SCHMIDT SJZ 1948, 574; HARTUNG DRZ 1949,345; Arthur KAUFMANN, Das Unrechtsbewußtsein S.191 ff. Ablehnend hat H. WINNEFELD DRZ 1947, 366 darauf hingewiesen, daß durch eine auf die Gesetzwidrigkeit gestützte Beachtlichkeit des Verbotsirrtums die Durchführbarkeit des gesamten Ordnungsstrafrechts in Frage gestellt und eine untragbare Rechtsunsicherheit eintreten würde. Dem hat A. KAUFMANN aaO S.70 mit Recht den höherrangigen Schuldgrundsatz entgegengestellt und auf die Unbeachtlichkeit von Rechtsblindheit und verschuldeter Verbotsunkenntnis aufmerksam gemacht.

10) Zuerst in der erwähnten (Anm.2) Irrtumsverordnung v.18. 1.1917, später in § 395 Reichsabgabenordnung v.13.12.1919 i.d.F. vom 22.5.1931 (RGBl.I S.161) § 71 Devisengesetz v. 12.12.1938 (RGBl.I S.1734) sowie § 31 WiStG 1949, heute § 6 WiStG 1954; näheres bei ROTBERG OWG S.72,74.

11) ERBISCH, Wirtsstrafgesetz S.118; ROTBERG aaO S.73 - Der Irrtum braucht dabei keineswegs das die Geldbuße androhende Gesetz zu betreffen, sondern kann sich auf jede Rechtsvorschrift stützen, welche den Täter auf die Erlaubtheit seines Tuns schließen läßt (DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm.5 OWG). Ebensowenig braucht der Täter den Standort oder Einzelheiten des Tatbestandes zu kennen oder zu wissen, ob der betreffende Tatbestand mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, (vgl. ERBS-KOHLHAAS § 12 I 2 OWG; KISCHA, Das Gesetz über Owi S.136), ja es kommt nicht einmal darauf an, daß er von der Ahndbarkeit seiner Handlung wußte (vgl. ROTBERG aaO S.73).

12) § 12 OWG läßt nämlich für die Straffreiheit des Täters nicht bloß den Irrtum über die Anwendbarkeit der rechtlichen Vorschrift genügen, sondern verlangt darüber hinaus, daß der Täter eben dieses Irrtums wegen seine Tat für erlaubt gehalten hat; vgl. DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm. 6 OWG.

dem Strafwürdigkeitsprinzip ergeben hatte.

II. Vorsatz- oder Schuldtheorie bei den Ordnungswidrigkeiten ?

1. Von der vorangegangenen Frage nach dem Inhalt des Unrechtsbewußtseins ist jedoch scharf die Frage nach dem Aktualitätsgrad des Bewußtseins zu scheiden. In diesem zweiten geht es darum, in welchem Bewußtseinsgrad der Täter gehandelt haben muß, um ihn für schuldig zu erachten, ob etwa die mögliche, "potentielle" Kenntnis der Rechtswidrigkeit genügt oder ob der Täter tatsächliche, psychologisch "aktuelle" Kenntnis der Rechtswidrigkeit seines Handelns haben mußte. Diese Alternative, überdies verschärft durch den Streit um die systematische Stellung des Unrechtsbewußtseins im Verbrechensbegriff, hat in den gegensätzlichen Standpunkten der sog. Vorsatztheorie (13) und Schuldtheorie (14) ihre extreme Gegenüberstellung und schlagwortartige Pointierung erfahren.

Aus der Fülle der damit aufgeworfenen Probleme (15) interessiert hier nur die Frage, ob im Bereich des Owi-Rechts der v e r s c h u l d e t e V e r b o t s i r r t u m nach der strengen Vorsatz- oder nach der Schuldtheorie zu behandeln ist. Der p r a k t i s c h e U n t e r s c h i e d liegt darin, daß der Täter, wenn er wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden soll, nach der strengen Vorsatztheorie positive Kenntnis von der Gesetzwidrigkeit seines Han-

---

13) nach ihr ist das Unrechtsbewußtsein Bestandteil des Vorsatzes; sie wird vor allem vertreten von SCHRÖDER. MDR 1951,387; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 V1; MEZGER LK § 59 II B; OGH 1,225; OLG Freiburg JZ 51,85.

14) sie behandelt das Unrechtsbewußtsein nicht als Bestandteil des Vorsatzes, sondern als selbständiges Element der Schuld: als notwendige Konsequenz der finalen Handlungslehre wird sie selbstverständlich von deren Anhänger vertreten, so u.a. von WELZEL, Strafrecht S.145; MAURACH AT S.373; außerhalb der finalen Handlungslehre u.a. von BOCKELMANN NJW 50,850; SAX, Grundrechte III 2 S.949 ff; JZ 57,6; KOHLRAUSCH-LANGE § 59 IV sowie nahezu von der gesamten Rechtsprechung, vgl. OGH 2,327; BGH 2,211; BGH 3,105.

15) vgl. die ausführliche Darstellung bei MAURACH AT S.365 ff.

delns gehabt haben muß. Hatte er diese verschuldeterweise nicht, dann ist er nur wegen Rechtsfahrlässigkeit strafbar, mit der praktischen Folge, daß er überhaupt nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn ein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand fehlt. Nach der Schuldtheorie dagegen bleibt die Vorsätzlichkeit der Tatbestandsverwirklichung durch einen Verbotsirrtum völlig unberührt; dieser findet vielmehr nur dadurch Beachtung, daß bei unverschuldetem Irrtum die Schuld und damit die Strafbarkeit verneint wird, bei verschuldetem Irrtum dagegen unter Fortbestehen des Vorsatzvorwurfes nur Strafmilderung eintreten kann.

2. Die praktische und dogmatische Problematik, die sich aus den beiden Theorien für die Behandlung des verschuldeten Verbotsirrtums bei Owi ergibt, trat vor allem durch die scharfe Kontroverse zwischen Rich. LANGE (16) und WELZEL (17), ausgelöst durch die grundsätzliche Entscheidung des BGH zugunsten der Schuldtheorie (18), in das Blickfeld eines breiteren Interesses. Nach LANGE, dessen Ansicht neben dem BayObLG (19) auch von einem Teil der Lehre vertreten wird (20), vermag nur die Vorsatztheorie den Besonderheiten der Owi gerecht zu werden, während WELZEL, dessen Standpunkt neben Vertretern der Lehre (21) auch der BGH (22) eingenommen hat, die Schuldtheorie auch im Owi-Recht für durchführbar hält.

Man muß bei Beurteilung dieser Streitfrage z w e i e r l e i auseinanderhalten: einmal die r e c h t s p o l i t i s c h - r e c h t s s t a a t l i c h e Problematik,

---

16) grundlegend in JZ 56,73 ff; ferner JZ 56,519 ff; JZ 57, 233; KOHLRAUSCH-LANGE § 59 V 3d.
17) JZ 56,238; JZ 57,129; Strafrecht S.154 f.
18) in BGH 2,194 ff.
19) GA 1956,90
20) so MEZGER LK § 59 I6; HARDWIG GA 1956,372; MAIHOFER ZStW 70,193; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 IX; letztere freilich schon wegen ihrer grundsätzlichen Entscheidung für die strenge Vorsatztheorie.
21) so von BOLDT ZStW 68,352; MAURACH AT S.367; ROTBERG OWG S.78; MITTELBACH MDR 59,620; wohl auch DALCKE-SCHÄFER § 12 Anm.1 OWG.
22) BGH 9,362, während die Praxis im übrigen gewisse Neigungen zeigt, in den Grenzfällen des verschuldeten Verbotsirrtums im Sinne der Vorsatztheorie zur Fahrlässigkeit auszuweichen, vgl. MITTELBACH MDR 59,620.

die hier freilich nur am Rande interessieren kann; zum anderen die d o g m a t i s c h e Problematik, die sich in die Frage zuspitzt, ob sich aus dem Wesen der Owi zwingend die Entscheidung für die eine oder andere Irrtumstheorie herleiten läßt.

a) Eine solche s a c h l o g i s c h e N o t w e n d i g k e i t wird vor allem zugunsten der Vorsatztheorie behauptet. Ausgehend von der Tatsache, daß im Bereich des Nebenstrafrechts die Unerlaubtheit eines Tuns auf dem formellen Rechtsgebot oder -verbot beruht und nicht schon vorrechtlich bestimmt ist und gestützt auf die verwstrtheoretische Annahme, daß es bei der Owi nur eine formelle Rechtswidrigkeit gebe und es deshalb am Tatbestand als "Träger spezieller materieller Rechtswidrigkeit" fehle, ist nach LANGE (23) eine Scheidung von Tatbestand oder Rechtswidrigkeit nicht möglich; folglich sei bei der vorsätzlichen Zuwiderhandlung "das Bewußtsein und damit der Vorsatz auch auf das "Zuwider", also auf die Tatsache der Gebots- und Verbotswidrigkeit bezogen" (24). Unter vorsätzlicher Zuwiderhandlung sei deshalb immer Zuwiderhandlung in Verbotskenntnis zu verstehen, so daß bei verschuldeter Unkenntnis des Verbots nur rechtsfahrlässige Begehung angenommen werden könne.

Auch für MAIHOFER (25), der trotz anderer Terminologie sachlich mit LANGE übereinstimmt, ergibt sich die Entscheidung für die Vorsatztheorie zwingend aus der vorgegebenen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsunrecht. Bei Zuwiderhandlungen der letzteren Art könne vorsätzlich und fahrlässig immer nur rechtsvorsätzlich oder rechtsfahrlässig bedeuten; denn da der Owi mangels eines Erfolgsunwertes nur der Aktunwert einer Rechtspflichtverletzung zukomme, spiele bei ihr der auf den Taterfolg abgestellte Schuldsachverhalt keine Rolle, sondern nur der auf der Rechtspflichtverletzung beruhende, durch Rechtsvorsätzlichkeit oder -fahrlässigkeit gekennzeichnete Schuldvorwurf.

Aus dieser knappen Darstellung lassen sich bereits die

---

23) JZ 56,78.
24) JZ 56,79.
25) ZStW 70,193

beiden P r ä m i s s e n erkennen, aus denen LANGE und MAIHOFER ihre sachnotwendige Entscheidung zugunsten der Vorsatztheorie herleiten. Es ist einerseits die These, daß sich die Owi in formellem Unrecht erschöpfe, andererseits die Annahme, daß sich die Tatbestände des Nebenstrafrechts nur rechts- und nicht tatfahrlässig verwirklichen lassen.

Letzteres hatte LANGE noch anhand von vielen Tatbestandsformulierungen des Nebenstrafrechts nachzuweisen versucht (26); doch bereits WELZEL konnte ihm Tatbestände entgegensetzen, bei denen auch tatfahrlässige Begehung möglich ist (27). Aber auch die andere Prämisse läßt sich nicht halten; denn wie in der Kritik der auch von LANGE und MAIHOFER vertretenen Verwstrtheorie bereits dargetan wurde, geht die Owi keineswegs im formellen Unrecht eines reinen Ungehorsams oder im Aktunwert einer Rechtspflichtverletzung auf, sondern hat in der jeweils vorliegenden Rechtsgutsverletzung sehr wohl einen materiellen Unwert, der selbständig neben der Verletzung des formellen Rechtsgebots besteht. Unter diesen Umständen aber muß man auch nicht mehr eine so enge Verknüpfung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit annehmen wie es LANGE tut, sondern ebenso wie bei den Straftaten steht bei den Owi neben der formellen Unrechtstypik des Rechtsbefehls die materielle Rechtswidrigkeit der Rechtsgutsverletzung, d. i. nach LANGE'scher Terminologie "die spezifische Unrechtstypik der Tatbestände" (28). Deshalb brauchen auch bei der Owi Tatbestand- und Verbotsirrtum nicht zusammenzufallen, sondern beide haben ihr je eigenes Ziel und Objekt in der tatbestandlich umschriebenen und vertypten Rechtsgutsverletzung einerseits und der formellen Rechtswidrigkeit gegen das Rechtsgebot oder -verbot andererseits (29).

---

26) vgl. JZ 56,73 ff.
27) vgl. JZ 56,238: so etwa bei tarifwidrigem Anbieten oder Abschließen von Beförderungsverträgen oder bei tatfahrlässigem Verwechseln von Wild; vgl. auch BOLDT ZStW 68, 353.
28) JZ 56,78
29) Diese Unterscheidung ist nicht zu verwechseln mit der von der finalen Handlungslehre behaupteten Trennbarkeit von Tatbestand und Verbot, welche diese vor allem für die dogmatische Begründung ihres wertfreien Vorsatzes braucht (vgl. im einzelnen dazu WELZEL, Strafrecht S.45 ff; kritisch SAX, Ann-Uni-Sar 1955,S.420 ff,JZ 57,5f).

Eine sachlogische Notwendigkeit zugunsten der Vorsatztheorie ergibt sich deshalb aus dem Wesen der Owi nicht; vielmehr ist die Frage nach der sachgemäßen Verbotsirrtumsregelung, wie bei den Straftaten auch, nach allgemeinstrafrechtlichen, d.h. nach verbrechenssystematischen und rechtspolitisch-praktischen Gesichtspunkten zu entscheiden.

b) Während man aber die Lösung dieses "strafrechtsdogmatischen Grenzproblems", als welches SAX (30) den Verbotsirrtum im Bewußtsein der gerade hier klar zutage tretenden Antinomie von systematischer Konsequenz und Praktikabilität bezeichnet hat, bei den Straftaten noch eher zugunsten der praktisch mehr befriedigenden Schuldtheorie (31) betreiben kann, liegt die r e c h t s p o l i t i s c h e Problematik des Verbotsirrtums bei den Owi nicht so einfach. Denn anders als bei den Straftaten, wo die Fälle des Verbotsirrtums gegenüber denen des Tatbestandsirrtums deshalb schon stark zurücktreten, weil hier der Täter bereits auf Grund Kenntnis des allgemeinen Verbotenseins der Tat das Unrechtsbewußtsein haben kann, überwiegt bei den Owi die Zahl der wohl tatvorsätzlich, aber r e c h t s f a h r l ä s s i g begangenen Delikte. Hier ist es deshalb viel leichter und häufiger möglich - und insofern ist LANGEs Apell zugunsten der Vorsatztheorie als der "Magna Charta der anständigen Leute" (32) in keiner Weise unangebracht -, daß sonst rechtstreue Bürger wegen v o r s ä t z l i c h e r Tatbegehung zur Rechenschaft gezogen werden können, nur weil sie bei der Fülle der Vorschriften eine davon nicht ganz entschuldbar übersehen haben (33).

Hier dagegen ging es vielmehr nur um den Nachweis, daß sich bei den Owi ebenso unterscheiden läßt zwischen formeller Rechtswidrigkeit als Objekt des Verbotsirrtums und der "spezifischen Unrechtstypik der Tatbestände", als welche LANGE JZ 56,78 die materielle Rechtsgutswidrigkeit bezeichnet hat, welche Objekt des Tatbestandsirrtums sein soll.

30) Ann-Uni-Sar 1955 S.415

31) vgl. dazu eingehend SAX aaO, JZ 57,5f u. Grundrechte III 2 S.947 ff.

32) JZ 56,519

33) Auch nach JESCHEK JZ 59,457 Anm.3 soll die Schuldtheorie nur im Zentralgebiet des kriminellen Strafrechts richtig angewandt werden können, weil nur der Irrtum auf eine Fehlerhaftigkeit der Gesinnung hinweise.

Doch trotz der sich hier aufdrängenden Entscheidung zugunsten der Vorsatztheorie sollte man im Interesse der E i n h e i t l i c h k e i t des Schuld- und Irrtumsbegriffes auf eine Spaltung der Irrtumsregelungen verzichten und auch die Owi nach der Schuldtheorie behandeln. Dies ist auch aus praktischen Gründen geboten, da, wie MAURACH (34) zutreffend bemerkt, die vom Gesetzgeber praktizierte Abgrenzung von Haupt- und Nebenstrafrecht heute noch viel zu willkürlich und zufällig ist, als daß eine darauf gestützte Irrtumsdifferenzierung befriedigen könnte. Vielleicht sollte man aber nach dem Vorschlag WELZELs (35) wenigstens dort, wo es für den Schuldspruch unerläßlich erscheint, die positive Verbotskenntnis durch entsprechende Tatbestandsformulierung ("bewußt vorschriftswidrig") zur Voraussetzung machen.

III. Die theoretische Grundentscheidung der gesetzlichen Irrtumsregelungen.

1. Es herrscht Einigkeit darüber, daß die älteren Regelungen des Verbotsirrtums in § 395 RAO i.d.F. vom 22.5.31 (RGBl.I.S.161) und in § 71 Devisengesetz v.12.12.1938 (RGBl. I.S.1734) auf der Vorsatztheorie beruhen (36). Dort war bestimmt: "Straffrei bleibt, wer in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Vorschriften die Tat für erlaubt gehalten hat. Wer aus Mangel an der Sorgfalt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen persönlichen Verhältnissen fähig war, die Tat für erlaubt gehalten hat, wird wegen Fahrlässigkeit bestraft".

Hier muß ganz im Sinne der Vorsatztheorie die Verbotswidrigkeit vom V o r s a t z mitumfaßt sein; deshalb entfällt bei verschuldetem Irrtum der Vorsatz ganz und es kommt nur Bestrafung wegen Rechtsfahrlässigkeit in Betracht.

2. Der jüngere Gesetzgeber dagegen hat sich in den Ver-

---

34) MAURACH AT S.367; insoweit stimmt ihm auch LANGE in KOHLRAUSCH-LANGE § 59 V3d zu.
35) WELZEL, Strafrecht S.155.
36) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 IX.

botsirrtumsregelungen des § 31 WiStG 1949 und des § 12 OWG für die Schuldtheorie entschieden; denn ganz im Sinne dieser Theorie tritt bei verschuldetem Verbotsirrtum nicht mehr nur Fahrlässigkeitssanktion ein, sondern unter Aufrechterhaltung der Vorsätzlichkeit der Tatbegehung ist lediglich eine mildere Ahndung möglich.

Daß darin eine gesetzliche Anerkennung der S c h u l d t h e o r i e zu erblicken ist, ist heute herrschende Meinung (37). Auch Rich. LANGE und MEZGER, die für das Nebenstrafrecht grundsätzlich die Vorsatztheorie fordern, haben dies durch Ablehnung der gesetzlichen Regelung (38) indirekt zugegeben.

§ 26. Auswirkungen des Strafwürdigkeitsprinzips auf die K o n k u r r e n z l e h r e .

I. Die Problematik der f o r t g e s e t z t e n Ordnungswidrigkeit.

Wie bereits gezeigt, hat die Verwstrtheorie die Problematik der fortgesetzten Owi nicht allseits bewältigen können. Denn ihre Auffassung der Owi als reinen Ungehorsams läßt zwischen mehreren Owi rechtlich keine Unterscheidung zu, sodaß bei Gleichheit der tatsächlichen Geschehensvorgänge mehrerer Owi immer auch Fortsetzungszusammenhang anzunehmen wäre (1), eine letztlich uferlose Tendenz.

Nach unserer Auffassung der Owi als nichtstrafwürdige Rechtsgutsverletzung bestehen diese Schwierigkeiten nicht. Hier hat j e d e O w i in dem in ihr verletzten Rechtsgut den i h r e i g e n t ü m l i c h e n Inhalt und Be-

---

37) vgl.u.a. Eb. SCHMIDT SJZ 48,574, DROST NJW 49,741; WARDA JR 50,546; NIESE SJZ 50,36; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 59 IX.
38) so MEZGER? Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik S.47; LANGE JZ 56,79.
1) vgl. o.S.82 f.

zugspunkt. Dadurch läßt sich, wie bei der Straftat auch, die für den Fortsetzungszusammenhang geforderte gleichinhaltliche und gleichförmige F o r t s e t z u n g s r e i h e eindeutig feststellen und umgrenzen, ohne daß man dabei fürchten müßte, daß die Fortsetzungsreihe ins Unabgrenzbare gerät.

Auch der Praktiker wird es nur begrüßen, wenn er bei Auffassung der Owi als Rechtsgutsverletzung die Möglichkeit hat, die für den Fortsetzungszusammenhang bei Straftaten entwikkelten und anerkannten Grundsätze auf die gleichgelagerten Fälle des Owi-Rechts zu übertragen.

II. Die Konkurrenz mehrerer Ordnungswidrigkeiten.

Da sich herausgestellt hat, daß die Owi ihrem Wesen nach mehr sind als nur reiner Ungehorsam, liegt im Zusammentreffen mehrerer Owi auch nicht nur eine Steigerung des Ungehorsams vor, sondern jede Owi hat durch die Beziehung auf ein spezielles Rechtsgut den ihr eigentümlichen selbständigen Unwertgehalt.

Die Behandlung solch selbständiger Owi bei Zusammentreffen läßt sich durchaus nach den Regeln der a l l g e m e i n - s t r a f r e c h t l i c h e n Konkurrenzlehre vollziehen. Denn anders als bei der Verwstrtheorie, die wegen der Gleichheit ihrer Ungehorsams-Ordnungswidrigkeiten bei tateinheitlichem Zusammentreffen keine selbständigen Unrechtssachverhalte feststellen konnte und deshalb folgerichtig immer zur Gesetzeskonkurrenz kommen mußte (2), lassen sich nach unserer Auffassung die durch tateinheitliche Handlung erfüllten Owi-tatbestände ganz im Sinne der Idealkonkurrenz nach ihrem Rechtsgut unterscheiden. Ebenso behalten bei tatmehrheitlichem Zusammentreffen die einzelnen Owi durch das jeweils verletzte Rechtsgut ihre Eigenständigkeit.

So konnte der G e s e t z g e b e r des OWG die Ideal- und Realkonkurrenz unbedenklich im gleichen Sinne lösen wie der des StGB: Bei ideeller T a t e i n h e i t tritt gem. § 15 OWG Absorption des milderen Gesetzes ein, allerdings mit der Besonderheit, daß daneben die Nebenfolgen des mil-

---

2) vgl. o.S.82

deren Gesetzes angeordnet werden können (3). Bei realer T a t m e h r h e i t gilt gem. § 16 OWG, in Entsprechung zu § 74, 78 (4), das Kumulationsprinzip, so daß auf jede der verwirklichten Geldbußen gesondert zu erkennen ist.

III. Das Zusammentreffen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

Auch die Konkurrenz von Straftaten und Owi (5) kann nach der allgemeinen Konkurrenzlehre durchgeführt werden, da dem rechtlichen Unwertgehalt nach kein wesensmäßiger, sondern nur ein größenmäßiger Unterschied zwischen beiden besteht.

1. Das wird freilich zur Folge haben, daß in den meisten Fällen tateinheitlichen Zusammentreffens die Voraussetzungen der G e s e t z e s k o n k u r r e n z vorliegen werden; denn da bei den Owi die Mediatisierung und Spezialisierung der Grundwerte noch weiter vorangetrieben ist, wird bei wertmäßiger Gleichgerichtetheit von Straftat und Owi die Straftat mit ihrem wertnäheren Rechtsgut die Owi mit ihrem in gleicher Richtung, aber auf tieferer Ebene wirkenden Rechtsgut konsumieren oder durch Spezialität und Subsidiarität verdrängen.

In den restlichen Fällen tateinheitlichen Zusammentreffens in denen das Rechtsgut der Owi nicht den gleichen Grundwert mediatisiert wie das der Straftat, wird Idealkonkurrenz anzunehmen sein. Hier ist dann als das schwerere das S t r a f g e s e t z vorzuziehen; denn durch ihren sittlich diffamierenden Charakter ist die Strafe auch gegenüber der höchsten Geldbuße immer die schwerere Sanktion (6).

Dem entspricht auch die g e s e t z l i c h e R e g e-

---

3) Auch im Strafverfahren haben Praxis und Lehre praeter legem die Anordnung von Nebenstrafen und sonstigen Maßregeln des absorbierten Gesetzes zugelassen, vgl. MAURACH AT S.603.

4) vgl. BayObLG NJW 51,493.

5) wobei hier mehr das tateinheitliche, weniger das tatmehrheitliche Zusammentreffen von Straftat und Owi interessiert; denn da für Straftat und Owi getrennte Zuständigkeiten und Verfahren bestehen, ist eine Realkonkurrenz beider de lege lata praktisch nicht möglich; vgl. aber auch u. in und zu Anm.16.

6) vgl. SAX, Grundrechte III 2 S.927 Anm.55.

lung in § 4 OWG, wonach bei Tateinheit von Straftat und Owi letztere absorbiert wird und nur ihre Nebenfolgen mitverhängt werden dürfen.

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn die für eine Übertretung im Strafgesetz angedrohte Geldstrafe dem Betrage nach kleiner sein sollte als die für die Owi angesetzte Geldbuße (7). Denn wie bereits bemerkt, ist die sozialethisch mißbilligende Strafe gegenüber der sozialethisch indifferenten Eingriffswirkung der Geldbuße immer das Plus. Freilich wird bei der derzeitigen Gesetzessituation dadurch nicht selten der größere Unwertgehalt der Owi hinter dem geringeren einer Übertretung zurückstehen müssen. Das ist rechtsstaatlich ein äußerst problematisches Mißverhältnis (8) und unterstreicht aufs neue die Notwendigkeit und Pflicht des Gesetzgebers, die nichtstrafwürdigen Übertretungstatbestände vordringlich in das Owi-Recht überzuleiten.

2. Bei der Knappheit, mit der das Gesetz die Idealkonkurrenz geregelt hat, mußten selbstverständlich manche Fragen offenbleiben. So ist vor allem problematisch und umstritten, ob der Strafrichter bei Absorption der Owi deren Unwertgehalt nicht wenigstens im Rahmen der Strafzumessung mitberücksichtigen dürfe. Diese Frage wird im Ergebnis wohl mit der herrschenden Meinung der Verwstrtheorie (9) zu verneinen sein. Aber verfehlt scheint der Weg, auf dem die Verwstrtheorie zu dieser Ablehnung kommt. Für sie handelt es sich nämlich im wesentlichen um eine Zuständigkeitsfrage, ob der Richter bei der Strafzumessung den Unrechtsgehalt der konkurrierenden Owi mitberücksichtigen darf oder nicht. Denn faßt man mit ihr die Owi als Ungehorsam gegen die Verwaltung, also als Verwaltungsunrecht auf, dann erscheint es nur folgerichtig,

---

7) h.M. vgl. ROTBERG OWG S.47
8) Vgl. KOHLHAAS GA 1956,244 u. in ERBS-KOHLHAAS § 4 I2 OWG; ROTBERG OWG S.48
9) so vor allem von ROTBERG, OWG S.48; ERBS-KOHLHAAS § 4 I2 OWG, OLG Köln NJW 54,245; a.A. OLG Bremen NJW 54,1213; BayObLGSt 55,36; KMR § 4,1a OWG

daß für ihre Sanktionierung in erster Linie die Verwaltung zuständig ist, während sich der Richter jeder Würdigung zu enthalten hat (10). Aber schon von G e s e t z e s w e g e n gilt dies nicht ausnahmlos; denn wenn der Richter gem. § 4 I 2 OWG die Nebenfolgen der absorbierten Owi anordnen soll, dann muß er, von der Sicht der Verwstrtheorie her völlig zuständigkeitswidrig, zunächst die rechtswidrig-schuldhafte Verwirklichung der Owi festgestellt und in ihrem vollen Unwertgehalt gewürdigt haben, was auch von der herrschenden verwstrtheoretischen Meinung anerkannt und nur mühsam als eng auszulegende "Ausnahme" (11) verständlich gemacht wird.

Ganz abgesehen von diesen Inkonsequenzen läßt sich die verwstrtheoretische Argumentation auch s a c h l i c h nicht halten. Denn da die Owi in Wirklichkeit nicht bloß Verwaltungsunrecht ist, sondern eine Rechtsgutsverletzung enthält, und die Geldbuße nicht Verwaltungszwangsmittel, sondern eine echte Justizsanktion ist (12) deren Verhängung ursprünglich dem Richter und erst kraft prozeßökonomisch bedingter Delegation der Verwaltung obliegt (13), steht der Würdigung einer konkurrierenden Owi durch den Richter zuständigkeitshalber nichts im Wege (14).

Dagegen bestehen vom Prinzip der S t r a f w ü r d i g k e i t her Bedenken gegen die Berücksichtigung einer ideell konkurrierenden Owi in der Strafzumessung. Zwar läge es

---

10) vgl. ROTBERG aaO S.48 mit Anm.4
11) so ROTBERG aaO
12) vgl. o.S. 105 ff.
13) vgl. u. S. 221 ff.
14) Nach den gleichen Grundsätzen läßt sich auch die über § 4 I2 OWG entbrannte Frage, ob der Strafrichter die N e b e n f o l g e n von sich aus anordnen darf oder einen entsprechenden Antrag der Verwaltung abwarten muß. Sie ist im ersten Sinne zu beantworten; denn kraft ursprünglicher Zuständigkeit hat das Strafgericht gegenüber der abgeleiteten Zuständigkeit der Verwaltung ein selbständiges Recht zur Anordnung der Nebenfolgen der Owi. Im Ergebnis gleich DALCKE-SCHÄFER § 4 Anm.2 OWG; SCHWARZ, StPO Anm.1 Ba zu § 4 OWG; ROTBERG OWG S.50; a.A. ERBS-KOHLHAAS § 4,I3 OWG; STOECKER § 4,I 1 OWG.

nahe, die zum Absorptionsprinzip bei Idealkonkurrenz von Straftaten entwickelten Grundsätze auch bei Zusammentreffen von Straftaten und Owi anzuwenden und demgemäß die sog. fakultative limitierte A s p e r a t i o n zuzulassen, wonach bei Anwendung des strengsten Gesetzes das mildere Gesetz, d.i. hier das Owi-Gesetz, in der Zumessung strafschärfend berücksichtigt werden kann (15).

Dem steht jedoch das Strafwürdigkeitsprinzip entgegen. Denn mögen auch dem Unrechtsgehalt nach Straftat und Owi wesensmäßig nicht verschieden sein, so sind sie es doch ihrer Strafwürdigkeit nach. Würde nun die Strafe für die Straftat zwecks Einbeziehung und Abgeltung der konkurrierenden Owi verschärft, dann würde dadurch das Mehr an nichtstrafwürdigem Tun unverdientermaßen durch ein Mehr an Strafe (!) vergolten (16). Man könnte diese offensichtliche Verletzung des Strafwürdigkeitsprinzips vielleicht mit der Überlegung entkräften, daß eine Verschärfung der Strafe für deren sittlich deklassierenden Effekt nicht mehr von Bedeutung sein könne, da dieser entweder da sei oder nicht und eine der Straferhöhung parallele Steigerung des sozialethischen Tadelseffektes nicht stattfinde. Aber damit dürfte doch wohl die soziale Bedeutung der Strafhöhe unterschätzt sein; denn die gerne in Tarifen denkende und mit Quoten messende Gesellschaft wird aus der höheren Strafe immer auch auf einen höheren Strafwürdigkeitsgehalt der Tat schließen wollen. Ist es zudem nicht auch ein Mißbrauch der Strafe, wenn sie durch Anerkennung der limitierten Asperation zur Ahndung nichtstrafwürdigen Unrechts herangezogen wird? Der Richter sollte deshalb im Interesse des höher zu achtenden

---

15) Diese Modifizierung des Absorptionsprinzips ist bei Idealkonkurrenz von Straftaten heute allgemein anerkannt, vgl. MAURACH AT S.601 ff, 603.

16) Das gleiche Problem würde sich noch schärfer bei einer durch volle Asperation zu ahndenden R e a l k o n k u r r e n z von Straftat und Owi stellen. De lege lata ist dies allerdings ein theoretischer Fall, da die Realkonkurrenz von Straftat u. Owi weder geregelt wurde (durch § 4 OWG ist sie jedenfalls nicht mitumfaßt, KMR § 4,1b) noch angesichts des getrennten Verurteilungsverfahren regelungsbedürftig war.

Strafwürdigkeitsprinzips, nicht aber aus Zuständigkeitserwägungen darauf verzichten, die Strafe der gem. § 4 I OWG vorzuziehenden Straftat der konkurrierenden Owi wegen zu verschärfen.

Ohne jede Widersprüchlichkeit hierzu läßt sich aber damit das Recht des Richters verbinden, gem. § 4 I2 OWG neben der Strafe die N e b e n f o l g e n der absorbierten Owi anzuordnen; denn diese Nebenfolgen sind der Owi ja nicht wesensfremd, sondern gerade für sie gedacht. Wenn sie der Richter neben der Strafe verhängt, so bleibt das Strafwürdigkeitsprinzip dadurch völlig unberührt.

§ 27. Die Rechtsnatur der Geldbuße. Ihre Auswirkungen auf das Bußgeldverfahren.

I. Die Geldbuße.

Bereits im Vorangegangenen war es verschiedentlich notwendig geworden, die Geldbuße in ihrem rechtlichen Gehalt zu würdigen, um sie dadurch einerseits gegenüber den typischen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen abzuheben (1) und um andererseits ihre Unterschiede gegenüber der Kriminalstrafe aufzuzeigen (2). Wenn diese Thematik nun nochmals z u s a m m e n f a s s e n d aufgenommen werden soll, so geschieht das nicht aus einem theoretischen Vollständigkeitsstreben heraus, sondern einzig um die Ausstrahlungen des Strafwürdigkeitsprinzips bis in die Sanktion der Owi hinein verfolgen und daran anknüpfend die wesentlichen Grundsätze des Bußgeldverfahrens von einer neuen Sicht aus beleuchten zu können.

1. Daß sich die Grundlinien der jeweiligen Abgrenzungskonzeption auch auf die r e c h t l i c h e G e s t a l t der S a n k t i o n auswirken, war bereits in der verwstrtheo-

1) s.o.S.105 ff.
2) s.o.S.144 f.

tischen Lehre von der Verwaltungsstrafe bzw. Geldbuße deutlich geworden. Da die Verwstrtheorie das Verwaltungsstrafrecht weniger als Strafrecht, sondern eher als Verwaltungsrecht aufgefaßt wissen wollte, mußte dementsprechend die Verwaltungsstrafrechtssanktion als typisches V e r w a l t u n g s z w a n g s m i t t e l konstruiert sein. Sie sollte deshalb nur eine "Pflichtenmahnung", ein "Mahngeld" (3) sein, durch das der Täter lediglich mahnend an seine Pflichten als Glied der Gemeinschaft und als mithelfendes Organ der Verwaltung erinnert werden sollte.

Diese Konstruktion war abzulehnen (4); denn weder wäre die praktische Durchführung dieser Auffassung kriminalpolitisch ausreichend, da sie konsequent durchgeführt lediglich mit gleichmäßigen gebührenpflichtigen Verwarnungen oder sonstigen rein hinweisenden Mitteln arbeiten dürfte, noch entspricht sie dogmatisch der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung der Geldbuße. Denn als eine Rechtsfolge, die im Gegensatz zu den sog. Maßregeln eine objektiv und subjektiv voll zurechenbare Tat voraussetzt und eine abstufbare, tatangemessene Gütereinbuße des Täters bewirken soll, ist sie nicht nur Pflichtenmahnung, sondern eine Sanktion der P f l i c h t e n s i c h e r u n g und P f l i c h t e n s t e i g e r u n g , die neben den general- und spezialpräventiven Absichten für den Ordnungswidrigen zugleich eine vergeltende Ahndung sein soll. In dieser Gestalt aber ist die Geldbuße nicht typische Verwaltungsmaßnahme, sondern eine typische J u s t i z s a n k t i o n und als solche unter dem Oberbegriff der Strafe oder, um den Gegensatz zu den Verwaltungssanktionen hervorzuheben, der Justizstrafe, an die Seite der Kriminalstrafe zu stellen.

Trotz dieser Gleichheit im Sanktionscharakter lassen sich Kriminalstrafe und Geldbuße aber hinsichtlich ihres s o z i a l e t h i s c h e n G e h a l t e s unterscheiden.

---

3) so der Vorschlag Eb.SCHMIDTs statt "Geldbuße", um dadurch schon in der Sanktonsbezeichnung jede Beziehung zum sozialethischen Sühnegedanken der Kriminalstrafe auszuschalten; vgl. SCHMIDT, NdWstr S.39

4) vgl. im einzelnen o.S.105 ff.

Denn wie die h.M. (5) zutreffend hervorhebt, geht der Geldbuße jede Beziehung zum Sühnegedanken ab, fehlt ihr völlig das sittliche Pathos und der sozialethisch diffamierende Charakter der Kriminalstrafe (6).

2. Doch gerade dieses negative Kennzeichen der Geldbuße, das Fehlen jeglichen sozialethischen Gehalts, ist im Hinblick auf das S t r a f w ü r d i g k e i t s p r i n z i p ihr spezifischer Vorzug. Denn eben dadurch, daß die Geldbuße kein sozialethisches Urteil über den Täter enthält, kann sie die einzig gerechte und verdiente Reaktion auf die sozialethisch indifferente, aber sozialschädliche Unrechtsaktion des Täters sein. Würde sie diese sittliche Neutralität verlieren und im Laufe der Zeit den Charakter eines sozialethischen Tadels annehmen, dann müßte sie konsequent als Owi-sanktion abgelöst und durch ein sozialethisch neutrales Strafmittel ersetzt werden. Denn die Owi als Rechtsgutsverletzungen, welche nicht bis in den Bereich der sozialverbindlichen Schutznormen vorstoßen, vertragen gerechterweise nur eine Sanktion, welche sich jeder sozialethischen Wertung enthält und lediglich vergeltend und abschreckend den Schutz der rechtlich anerkannten Güter sicherstellen will.

Somit ist also auch für die Gestalt der Geldbuße das Strafwürdigkeitsprinzip das qualitativ maßgebliche G e s t a l t u n g s p r i n z i p : so wie der Grundsatz der Strafwürdigkeit die Ausscheidung allen nichtstrafwürdigen Unrechts aus dem Bereich des Kriminalstrafrechts gefordert hat, so verbietet nun das gleiche Prinzip, daß das Reaktionsmittel für die ausgeschiedenen Owi das der Kriminalstrafe wesentliche Moment habe, nämlich das des sozialethisch abwertenden Tadels.

---

5) so Eb.SCHMIDT, NdWistr. S.46; MAURACH AT S.15; SIEGERT BB 53,394; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorb.III vor § 13; ERBS-KOHLHAAS Vorb.II 3 vor § 1 OWG, ROTBERG, OWG S.28.

6) Die abweichende Meinung von H.MAYER, Strafrecht S.47,71 und KISCHA, Das Gesetz über Owi S.101, sieht Strafe und Geldbuße auch bez. der sozialethischen Bedeutung von einem zu stark dem persönlichen Ethos angenäherten Begriff des Sozialethischen aus und setzt zu Unrecht Sühne und Vergeltung gleich.

II. Konsequenzen aus der rechtlichen Gestalt der Geldbuße für die Sanktionszuständigkeit.

1. Bereits bei der Kritik der Verwstrtheorie hatte sich gezeigt, welch enge Beziehungen zwischen der Rechtsnatur der Geldbuße und der Zuständigkeit und Art ihrer Verhängung bestehen. So hatte die Verwstrtheorie, von ihrem Standpunkt aus völlig konsequent, aus dem vermeintlichen Wesen der Geldbuße als typische Verwaltungsmaßnahme die Zuständigkeit der Verwaltung für das Bußgeldverfahren gefolgert und die Verhängung der Geldbuße als Verwaltungsakt betrachtet (7).

Doch mit dem Nachweis, daß die Prämisse der Verwstrtheorie falsch ist, daß die Geldbuße in Wirklichkeit Strafcharakter hat, mußte auch ihre Schlußfolgerung auf die ursprüngliche Bußgeldkompetenz der Verwaltung fallen; denn wenn die Geldbuße ihrem Sanktionscharakter nach eine Strafe ist, dann erfolgt ihre Verhängung durch Strafausspruch und das ist seinem Wesen nach nicht Verwaltungs-, sondern Rechtsprechungstätigkeit, welche nach dem Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich und originär der Justiz zusteht (8).

An dieser Erstzuständigkeit der Justiz für den Bußgeldbescheid ändert sich auch dann nichts, wenn man die sozialethischen Unterschiede von Kriminalstrafe und Geldbuße berücksichtigt; denn die mit der Strafe zwangsläufig verbundene capitis deminutio des Täters ist für den Rechtsprechungscharakter des Strafausspruches nicht ausschlaggebend.

2. Die Erstzuständigkeit der Gerichte für die Geldbußever-

---

7) so allerdings nur die spätere Verwstrtheorie seit Eb.SCHMIDT SJZ 48,233,574, während GOLDSCHMIDT (vgl.sein Verwaltungsstrafrecht S.583 f) den Ausspruch der Verwaltungsstrafe noch als Richterspruch angesehen hatte u. deshalb die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte forderte. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen ebenso Erik WOLF, Frank-Festgabe II S.587 f.

8) vgl. FRIESENHAHN, Thoma-Festschrift S.43; H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht I S.64 f; G.MATTERN ZStW 67,404; vgl. zum Ganzen auch o.S.107 f.

hängung behaupten heißt jedoch nicht die Verwaltung von jeglicher Zuständigkeit im Bußgeldverfahren ausschließen; denn mag auch grundsätzlich die Erstzuständigkeit der Justiz bestehen, so können doch Umstände gegeben sein, unter denen sich die Übertragung der Ahndungsbefugnis auf die Verwaltung als zulässig oder sogar als zweckmäßig und notwendig herausstellen könnte.

Unter welchen Voraussetzungen eine strafrechtliche Sanktionsbefugnis der Verwaltung zulässig und geboten sein kann, diese Frage ist gegenwärtig (9) allerdings höchst umstritten und hat sich dadurch noch verkompliziert, daß sie allgemein mit dem Streit um die Steuerstrafbefugnis der Finanzämter verquickt wird (10). Sehr viel Verwirrung hat auch die Zuständigkeitsregelung des Kartellgesetzes vom 27.7.1957 (BGBl.I S.1081) ausgelöst, wo sich der Gesetzgeber entgegen der Tradition der Wirtschaftsstrafgesetze von 1949/1952 und 1954 und des OWG überraschend für die erstinstanzliche Bußgeldkompetenz der Oberlandesgerichte ausgesprochen hat (11). Aus der schier unübersehbaren Literatur zu dieser Problematik (12) ließen sich denn heute etwa gleichviel Stimmen für wie gegen die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Bußgeldsachen anführen. Besondere praktische Beachtung verdienen dabei einerseits die Entscheidung des BVerfG vom 14.10.58 (13), in der es das Bußgeldverfahren des OWG einschließlich seiner Zuständigkeitsregelung als nicht verfassungswidrig befunden hat (14), andererseits die Stellungnahmen namhafter Bundestagsabgeordneter (15) gegen die Verwaltungszustän-

---

9) Zur geschichtlichen Entwicklung der verwaltungsbehördlichen Strafgewalt vgl. Ottmar BÜHLER, Rosenfeld-Festschrift S.203 ff.
10) vgl. dazu eingehend MATTERN ZStW 67,363 ff; LOTZE 56, 1540 f; HAVER NJW 57,88 mit weiterer Literatur.
11) vgl. § 81 KartG; Beschwerdeinstanz ist der Kartellsenat beim BGH, § 95 I Ziff.2 KartG. Sogar das Verfahren soll sich nicht nach dem OWG, sondern nach den Bestimmungen der StPO richten, § 82 KartG.
12) vgl. GOSSRAU NJW 58,929 und die in Anm.10 Angeführten mit vielen Nachweisen.
13) NJW 58,1964.
14) zustimmend EBISCH, WiStG S.100.
15) so A.ARNDT (SPD) u. HÖCHERL (CDU/CSU), vgl. GOSSRAU NJW 58,929 mit Anm.4; ferner ARNDT NJW 57,249.

digkeit im Bußgeldverfahren, welche de lege ferenda bedeutsam werden könnten.

Die Frage ist freilich zu komplex, als daß sie hier eingehend behandelt, geschweige befriedigend gelöst werden könnte. Deshalb sollen hier lediglich die G r u n d s ä t z e angedeutet werden, die bei einer Entscheidung wohl zu beachten wären.

3. Auszugehen ist von der o r i g i n ä r e n Zuständigkeit der S t r a f g e r i c h t s b a r k e i t . Wie in anderen Fällen kann aber auch hier das Gewaltenteilungsprinzip keine unnachgiebig starre Anwendung beanspruchen (16) sondern besondere Umstände können die D e l e g i e r u n g der Bußgeldbefugnis an die Verwaltungsbehörden gebieten. Dies können prozeßökonomische Gesichtspunkte sein, so die Entlastung der Gerichte von Bagatellsachen, oder kriminalpolitische, so die Bewahrung des strafgerichtlichen Urteilsspruches vor Banalisierung oder Trivialisierung. Oder es kann dies im Interesse des Täters geschehen; zu denken ist hier an den sehr beachtenswerten Gesichtspunkt des BVerfG (17), daß der Ordnungswidrige, der ja keine sozialethische Mißbilligung verdient, auch vor dem Makel eines strafgerichtlichen Verfahrens bewahrt werden müsse.

Aber all dies sind letztlich nicht die entscheidenden Gesichtspunkte, sondern maßgebliches Kriterium ist einzig und allein das Prinzip der R e c h t s s t a a t l i c h k e i t, das vor allem den hier wesentlichen Grundsatz des Art. 101 I2 GG enthält, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf (18). Deshalb ist es eine rechtsstaatliche

---

16) Zu den zahlreichen Ausnahmen vom Gewaltenteilungsprinzip vgl. im einzelnen MAUNZ, Staatsrecht S.202; GIESE, Staatsrecht S.33 f.

17) NJW 58,1964.

18) vgl. MAUNZ, Staatsrecht S.58,203; v.MANGOLDT-KLEIN Art.20 VI2 GG. Auch für GOSSRAU NJW 58,931 u. MITTELBACH MDR 59, 618 ist das R e c h t s s t a a t s p r i n z i p das maßgebende Kriterium für die Lösung des Kompetenzstreites. Abweichend wollen sie aber unter Ablehnung des materiellen Rechtsprechungsbegriffes bereits die Frage, ob der Bußgeldbescheid überhaupt Rechtsprechung sei, nach dem Rechtsstaatsprinzip lösen.

Mindestforderung, daß der Bußgeldbescheid der Verwaltungsbehörde gerichtlich überprüfbar ist. Dies ist nach dem geltenden Bußgeldverfahren zwar möglich; denn gem. § 54 OWG kann der Betroffene gegen einen Bußgeldbescheid Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen (19). Doch bleibt es erwägenswert, ob man nicht darüber hinaus, wie JESCHEK (20) angeregt hat, die Staatsanwaltschaft beteiligen sollte, schon allein um dadurch der Verwaltungsbehörde, die gegenwärtig noch Kläger und Richter in einer Person ist, das suspekte Odium einer vermeintlichen oder auch tatsächlichen Befangenheit zu nehmen.

Auch die Beobachtungen der Beschwerdegerichte, daß die erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden mangels strafgerichtlicher Erfahrung nicht immer die Unrechts- und Schuldfrage befriedigend zu würdigen vermögen (21), sind nicht unbedenklich. Auch diese Mängel werden beseitigt werden müssen, wenn die Delegation der Bußgeldkompetenz an die Verwaltung rechtsstaatlich gerechtfertigt sein soll.

III. Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Geldbuße für ihre Zumessungsprinzipien und ihre Nachprüfbarkeit.

1. Über die Folgerungen für die Sanktionszuständigkeit hinaus strahlt der rechtliche Charakter der Geldbuße auch weiter auf die Bußbemessung. Denn bei allen Sanktionen, wo dem zur Anordnung berufenen Organ ein bestimmter Entscheidungs- und Bemessungsspielraum bleibt, ist die Rechtsnatur der zu verhängenden Sanktion das sicherste Richtmaß dafür, welche Gesichtspunkte für die konkrete Bemsssung der betreffenden Sanktion maßgebend sein dürfen und welche nicht.

Auszuscheiden sind hier vor allem fiskalische Zweckmäßigkeitserwägungen, wie sie

---

19) vgl. §§ 54 ff OWG. Schon allein deshalb wird die Verfassungsmäßigkeit des Bußgeldverfahrens von vielen bedenkenfrei anerkannt; vgl. MATTERN ZStW 67,404 mit Nachweisen.
20) JZ 59,462.
21) vgl. JESCHEK aaO.

etwa die Verwaltung bei Anordnung von Verwaltungsmaßnahmen anstellen und zur Grundlage ihrer Entscheidung machen darf. Solche oder ähnliche verwaltungstypische Gesichtspunkte könnten unter Umständen dann gerechtfertigt sein, wenn die Geldbuße, wie die Verwstrtheorie behauptet, ein typisches Verwaltungsmittel und ihre Festsetzung ein Verwaltungsakt wäre. Da dies jedoch nicht zutrifft, sondern die Geldbuße ihrem Sanktionscharakter nach vielmehr eine Strafe ist, darf auch die erstinstanzlich zuständige Verwaltungsbehörde bei einer Bußbemessung nicht nach ihren sonst üblichen und zulässigen Ermessensgrundsätzen urteilen, sondern muß ihrer Entscheidung die aus dem Wesen der Geldbuße als strafrechtlicher Sanktion fließenden a l l g e m e i n e n Z u m e s s u n g s p r i n z i p i e n zugrunde legen (22).

Von dieser Auffassung scheint auch der Gesetzgeber ausgegangen zu sein, als er in Entsprechung zu den Strafbemessungsregeln des § 27c Abs. 2,3 StGB in § 6 OWG bestimmte, daß die Geldbuße das Entgelt des Täters für und den Gewinn aus der Owi übersteigen solle und zu diesem Zweck das gesetzliche Höchstmaß notfalls überschritten werden dürfe. Nicht übernommen in das OWG wurde allerdings die Bestimmung des Abs.1 des § 27c StGB, wonach bei der Strafbemessung die w i r t s c h a f t l i c h e n V e r h ä l t n i s s e des Täters zu berücksichtigen sind. Trotzdem wird auch diese das allgemeine Strafrecht beherrschende Regel als "übergesetzlicher Grundsatz allgemeiner Gerechtigkeit" (23) auch für die Geldbußbemessung Anwendung finden dürfen; denn wie aus den Beratungen des mit der Gesetzesvorlage befaßten Bundestagsausschusses hervorgeht (24), ist eine entsprechende Aufnahme des § 27c I StGB in das OWG nur deshalb unterblieben, um bei der Massenhaftigkeit und Typik zahlreicher

---

22) Daß von den Vertretern der Verwstrtheorie inkonsequenterweise der gleiche Standpunkt eingenommen wird (vgl.den folgenden Text), zeigt aufs neue, wie wenig diese Theorie mit ihrer Auffassung der Geldbuße als Verwaltungsmaßnahme letztlich anzufangen weiß.

23) so ROTBERG OWG S.56

24) vgl. ROTBERG aaO S.55 f.

Verstöße eine Taxbildung zu erleichtern. Das sollte aber nicht hindern, daß in den Fällen, wo eine Individualisierung der Bußgeldbemessung als notwendig erscheint, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters berücksichtigt wird (25).

Freilich handelt es sich bei den Zumessungsprinzipien des § 27c StGB bzw. § 6 bereits um sehr spezielle Grundsätze. Darüber dürfen auch die allgemeinen Gedanken der V e r g e l t u n g und der G e n e r a l - und S p e z i a l p r ä v e n t i e n nicht vergessen werden.

Die Literatur zur Geldbußbemessung enthält dazu erstaunlich wenig. Einzig MITTELBACH scheint sich bislang eingehender damit befaßt zu haben. Interessant ist, daß er in einem Aufsatz von 1955 (26) beiläufig noch davor warnte, sich bei der Bußgeldbemessung von strafrechtlichen Zumessungsgründen leiten zu lassen, weil Strafe und Buße wesensverschieden seien. Doch ungeachtet dessen, läßt er später in seinen Untersuchungen "Zur Bemessung der Geldbuße bei Owi" (27) alle jene Gesichtspunkte zum Zuge kommen, wie sie auch das allgemeine Strafrecht kennt und praktiziert, so die Größe und den Grad der persönlichen Schuld wie auch die Gedanken der Abschrekkung (28), Bemessung und Erziehung (29). Nimmt man noch den Gedanken der Vergeltung hinzu (30), dann wird die Geldbuße schließlich nach den gleichen Prinzipien bemessen wie die Strafe auch und man kann MITTELBACH nur beipflichten, wenn er im Ergebnis feststellt, daß die für die Bußgeldbemessung maßgeblichen Zumessungstatsachen von den für die Strafzumes-

---

25) h.M.; vgl. neben ROTBERG aaO KMR § 6,2 OWG; STOECKER § 6, 3 OWG; ERBS-KOHLHAAS § 6,1 u.3 OWG; DALCKE-SCHÄFER § 6 Anm.1 OWG. Dagegen dürfte das BayObLGSt 1953,239 über das Ziel hinausgeschossen sein, wenn es in jedem Falle die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters berücksichtigt wissen will.
26) DRiZ 55,187.
27) DÖV 57,251 ff, insbes. 254,255
28) im gleichen Sinne ROTBERG aaO S.56
29) so schon GROSS MDR 49,533
30) so auch ROTBERG aaO S.57, wenn er von "gerechter Ahndung" spricht, im gleichen Sinne DALCKE-SCHÄFER § 6 Anm.1 OWG u. ERBS-KOHLHAAS § 6,1 OWG, bei denen freilich ungenau von "Sühne" die Rede ist.

sung bedeutsamen Tatsachen "nicht wesentlich verschieden" seien.

2. In Zusammenhang mit der verwaltungsbehördlichen Bemessung der Geldbuße steht auch die Frage ihrer g e r i c h t l i c h e n N a c h p r ü f b a r k e i t. Auch hierfür ist der Sanktionscharakter der Geldbuße bedeutsam. Denn da die Geldbuße kein Verwaltungsakt, sondern ein Strafausspruch ist, muß sie im gleichen Umfang nachgeprüft werden können wie das Strafurteil im Strafverfahren auch. Das bedeutet, daß das gem. §§ 54 ff OWG zur Entscheidung über den Bußgeldbescheid angerufene Gericht sich nicht auf die Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit des Bußgeldbescheides beschränken braucht, sondern auch ohne Feststellung eines Ermessensfehlers durch selbständige tatrichterliche Ermessensentscheidung ein neues Bußgeld festsetzen darf (31).

Dieser Grundsatz der vollen Nachprüfbarkeit und selbständigen richterlichen Würdigung müßte selbst dann gelten, wenn er kein Vorbild in der strafprozessualen Nachprüfung vorinstanzlicher Strafurteile durch die Berufs- und Revisionsgerichte hätte. Er wäre dann aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Denn dem Grundrechtsgebot des Art. 101 I 2 GG, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, ist erst dann voll Genüge getan, wenn der nichtrichterliche Bußgeldbescheid der Verwaltungsbehörde auf Verlangen des Betroffenen einer vollständigen Nachprüfung und Bemessung durch den Richter unterworfen werden kann.

---

31) h.M.; vgl. ERBS-KOHLHAAS § 6,4 OWG; KMR § 55,2b OWG; ROTBERG aaO S.210; MITTELBACH MDR 59,619; OLG Braunschweig NJW 52,397; OLG Köln MDR 55,758; abw. BayObLGSt 1951,280 für den Fall einer Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht.

Schlußwort.

Es wäre vermessen anzunehmen, daß die "die Juristen seit Jahrhunderten in Verzweiflung setzende Frage" der Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nunmehr in jeder Hinsicht gelöst sei. Denn mag auch das regulative Formalprinzip gewonnen sein, nach welchem die Aufgliederung der beiden Strafrechtsbereiche vorzunehmen ist, so setzt jetzt die nicht weniger schwierige Arbeit der Einzelanalyse ein. Jeder Tatbestand, der das Zeichen seiner Strafwürdigkeit nicht allseits sichtbar auf der Stirne trägt, wird in kriminologischen, rechtssoziologischen und sozialpsychologischen Untersuchungen auf seinen Strafwürdigkeitsgehalt hin zu überprüfen sein. Und auch da werden wie überall im Bereiche rechtlichen Wertens und Entscheidens Fälle bleiben, die sich nicht bis ins letzte rational durchdringen und mit logischer Sicherheit lösen lassen, wo man sich nur im Bewußtsein gerechten und verantwortungsvollen Handelns für das eine oder andere entschließen kann. Aber die Richtigkeit des Abgrenzungsprinzips bleibt dadurch unberührt.

Vielleicht konnte nicht jeder überzeugt werden; denn die Kraft rationaler Argumente ist nicht immer so stark, wie man selber gerne hoffen und meinen möchte. Aber es wäre schon ein Gewinn, wenn die tragenden Gedanken der vorangegangenen Untersuchung, auch soweit sie nicht ausdrücklich hervorgehoben wurden, fruchtbar werden könnten.

So sollte zunächst das eine deutlich geworden sein, daß man mit dem Schlagwort des reinen Ungehorsams der Ordnungswidrigkeiten gerade jenen Bestrebungen Vorschub leistet, die in staatsomnipotentem Denken den Staat wieder zur moralischen Anstalt erheben wollen. Hier müssen klare Grenzen gezogen werden. Denn unsere innere Freiheit ist nur dann gesichert, wenn sich der Staat mit dem Schutz der Rechtsgüter und der Förderung der Wohlfahrt begnügt und sich der Durchsetzung und Sicherung sittlicher Postu-

late enthält.

Ein zweites wurde erstrebt: die Bewahrung der Einheitlichkeit des Strafrechts. Gerade wo doch Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ihrem rechtlichen Unwertgehalt nach so eng beieinander liegen und sich unter dem einzig maßgeblichen Prinzip der Strafwürdigkeit nur eine vornehmlich sozialethische Verschiedenheit beider herausstellt, ist es eine gefährliche Sache, die beiden Unrechtsbereiche auf zwei verschiedene Staatsgewalten hinzuordnen, um so schließlich einen Kompetenzkampf zwischen Justiz und Verwaltung heraufzubeschwören. Zudem ist es gar nicht so, daß der Verwaltung jegliche Bußgeldkompetenz versagt bleibt, wenn man am Strafrechtscharakter des Ordnungswidrigkeitenrechts festhält. Denn soweit rechtspolitisch notwendig und rechtsstaatlich vertretbar kann die Verwaltung ohne weiteres im Wege der Delegation als entscheidendes Organ am Bußgeldverfahren beteiligt werden. Auch möge man die Vorzüge nicht unterschätzen, die sich bei strafrechtlicher Einheit beider Bereiche für die Gleichartigkeit der Zumessungsprinzipien und der tragenden Verfahrensprinzipien ergeben. Es würde nicht nur die Geschlossenheit des Systems steigern, sondern auch der Praxis die Arbeit erleichtern.

Gewiß, man darf "Prinzipien nicht zu Tode reiten" (Eb. SCHMIDT) und sicherlich wurde auch schon manches in seiner Tragfähigkeit überschätzt. Dieser Gefahr ist das Prinzip der Strafwürdigkeit noch nicht ausgesetzt, wurde sie doch bisher eher zu wenig als zu viel beachtet. Die gesuchte Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten scheint sie tragen zu können. So möge sie denn auch Maßstab des Unrechts sein.

+++++++++

Lebenslauf.

Am 26. Januar 1935 wurde ich in Leidersbach, Kreis Obernburg am Main, geboren. Nach fünfjährigem Besuch der dortigen Volksschule trat ich im September 1946 in das Humanistische Gymnasium in Miltenberg am Main ein, das ich ohne Unterbrechung bis zu meinem Abitur im Sommer 1954 besuchte.

Im Wintersemester 1954/55 nahm ich an der Universität Würzburg das Studium der Rechtswissenschaft auf. Im Wintersemester 1955/56 wechselte ich für zwei Semester an die Universität Tübingen über. Ein weiteres Semester verbrachte ich an der Freien Universität Berlin. Sim Sommersemester 1957 an die Universität Würzburg zurückgekehrt, legte ich nach meinem siebten Fachsemester im Frühjahr 1958 das erste juristische Staatsexamen ab.

Mit meinem Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar begann ich im Oktober 1958. Ich unterbrach diesen vom Februar 1959 an, nachdem ich zum wissenschaftlichen Assistenten (Verwalter) von Herrn Prof. Dr. H. Lange bestellt worden war. Vom September 1960 bis Juni 1961 nahm ich an einem Kurs für Rechtsvergleichung und amerikanisches Recht am Institute of Comparative Law der New York University in New York, U.S.A., teil.

Nach Rückkehr aus den Vereinigten Staaten setzte ich meinen Vorbereitungsdienst fort. Zur Zeit bin ich bei der Grossen Strafkammer des Landgerichts Würzburg.

Würzburg, im Dezember 1961

Albin Eser