

Schriften zum Strafrecht

Band 13

„Verteidigung der Rechtsordnung“
(§§ 14, 23 StGB)

Kritik an der Entstehung und Handhabung
eines strafrechtlichen Begriffs

Mit einem Anhang:

Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**„Verteidigung der Rechtsordnung“
(§§ 14, 23 StGB)**

Schriften zum Strafrecht

Band 13

„Verteidigung der Rechtsordnung“ (§§ 14, 23 StGB)

Kritik an der Entstehung und Handhabung
eines strafrechtlichen Begriffs

Mit einem Anhang:

Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem

Von

Wolfgang Naucke, Uwe Bake, Hermann Bartling, Lutz
Bewersdorf, Hans-E. Böttcher, Friedrich Engelmann,
Ralph Hansen, Martin Hartleben, Konrad Martin,
Klaus Marxen, Hans-Wilhelm Meyer-Goldau, Heinrich
Schnitger, Jürgen Schünemann, Antje Struve, Reinhart
Traulsen, Helene Weineck.

(Strafrechtliches Seminar Prof. Dr. W. Naucke/Kiel)



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02493 1

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
1. Kapitel	
Die Entstehung des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“ in den §§ 14, 23 StGB	
A. Erörterung des Problems der Freiheitsstrafe unter 6 Monaten und der Frist für die Strafaussetzung zur Bewährung vom Entwurf 1960 bis zum Alternativ-Entwurf 1966	16
I. Entwurf 1960 (E 60)	16
1. Stellungnahme zum Problem der kurzen Freiheitsstrafe ..	16
2. Folgerungen für die Freiheitsstrafe unter 6 Monaten und für die Frist für die Strafaussetzung zur Bewährung	17
3. Ziel des E 60: Vermeidung von Lücken (Formulierungs- konsequenzen)	17
II. Entwurf 1962 (E 62)	18
III. Alternativ-Entwurf 1966 (AE)	18
1. Stellungnahme zum Problem der kurzen Freiheitsstrafe	18
2. Folgerungen für die Freiheitsstrafe unter 6 Monaten und für die Frist für die Strafaussetzung zur Bewährung	19
3. Ziel des AE 1966: Inkaufnehmen von Lücken (Formulie- rungskonsequenzen)	20
IV. Die möglichen Lösungen des Problems nach dem Stand der Diskussion 1966	20
B. Die Beratungen im Sonderausschuß	21
I. Argumente gegen die kurze Freiheitsstrafe	21
II. Argumente für die kurze Freiheitsstrafe	22
III. Die Entscheidung des Sonderausschusses	22
1. Die Haltung des Sonderausschusses zu den Strafgründen und -zwecken	22
2. Die Suche nach einer geeigneten Einschränkungformel	24
a) Ziel: anwendbare Formulierung	24
b) Die verschiedenen Formulierungen und ihre Begrün- dungen	24

3. Der Inhalt der Endformulierung	27
IV. Lösung	29
C. Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ in den Bundestagsberatungen 1969	30
I. Argumente gegen die kurze Freiheitsstrafe und für eine Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung	30
II. Argumente für die kurze Freiheitsstrafe und gegen eine Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung	33
III. Diskussion der Strafzwecke und -gründe	34
IV. Einführung des Begriffs der „Verteidigung der Rechtsordnung“ und seine Abgrenzung von anderen, ähnlichen Begriffen	38
V. Der Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ und die Ratschläge an die Praxis	40
VI. Das Ergebnis: ein Kompromiß	42
D. Kritische Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte	44
I. Kriterien für die Kritik (Forderungen an die Arbeitsweise des Gesetzgebers)	44
II. Folgerungen	45
III. Ausblick	46

2. Kapitel

Die Literatur zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“

<i>Einleitung</i>	47
A. Verhalten der Literatur gegenüber dem neuen Begriff	47
I. Beurteilung des Begriffs als zwar ungenau aber auslegungsfähig	47
II. Historische Auslegung	49
1. Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte	49
2. Argumente aus der Entstehungsgeschichte	50
a) Teilaspekt der Generalprävention	50
b) Engere Maßstäbe als bei § 27 b StGB a. F.	51
c) Auslegung des Begriffs enger als die der Begriffe „öffentliches Interesse“ und „Aufgabe der Strafe, Straftaten entgegenzuwirken“	52
d) Schuld- und Sühnegesichtspunkte nicht allein maßgebend	52
3. Aus der Entstehungsgeschichte abgeleitete Ergebnisse	53
a) Ausgangspunkt für die eigene Auslegung	53

Inhaltsverzeichnis	7
b) Praktikable Formulierungen	53
c) Fallgruppen	54
III. Sonstige Auslegungsmethoden	55
1. Deutung des Wortsinns	55
a) Oberflächliche Betrachtung des Begriffs durch die Lite- ratur	55
b) Analyse des Wortes „Verteidigung“	56
c) Zusammenfassung	57
2. Deutung des Sinnzusammenhangs	57
a) Äußere Systematik	58
b) Innerer Sinnzusammenhang des Rechts und der Rechts- entwicklung	58
c) Zusammenfassung	59
3. Kriminalpolitische Argumentation	59
a) Einleitung der Argumentation	59
b) Begründung für das Vorgehen	60
c) Die kriminalpolitische Argumentation	60
d) Die Formulierung der Entscheidung	62
4. Sonstige Richtigkeitskriterien	62
a) Zitieren von Gerichtsentscheidungen	62
b) Nennung einer Auslegung ohne Begründung	62
c) Abstellen auf den Einzelfall	63
<i>B. Kritik am Vorgehen der Literatur</i>	63
I. Die grundsätzliche Fragestellung und ihre Kritik	63
II. Die Auswirkung der grundsätzlichen Fragestellung	64
III. Die vom Gesetzgeber erfolgte Delegation einer Entscheidung an die rechtsanwendenden Berufe. Beurteilung nach Betracht- ung der Literatur	65

3. Kapitel

Die Gerichtspraxis zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“

<i>A. Analyse der Entscheidungen</i>	67
I. Arten der Entscheidungen	67
II. Anwendungsfälle	67
III. Methodischer Ausgangspunkt der Rechtsprechung: Ausblick auf die Ergebnisse der Rechtsprechung	72
IV. Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe	74

V. Durch Auslegung gewonnene allgemeine Abgrenzungskriterien	75
1. Ausnahmeregelung	75
2. Enger als „öffentliches Interesse“	78
3. Erheblicher Angriff	79
4. Verteidigung der Rechtsordnung als Strafzweck; Durchsetzung der Strafrechtsordnung selbst; Rechtsgüterschutz	80
5. Schuldvergeltung, Sühne, Genugtuung	81
6. Spezialprävention	83
7. Generalprävention	84
8. Gefährdung der Rechtstreue	88
9. Weitere Strafzwecke; Verhältnis der Strafzwecke zueinander	95
10. Unterordnung der Täterewirkung unter die Einwirkung auf die Allgemeinheit	96
VI. Ermessen	97
VII. Versuch, Fallgruppen zu bilden, und Einzelfallentscheidungen	99
1. Gegen generalisierende Betrachtung; Abstellen auf den Einzelfall; gegen Abstellen auf bestimmte Tatbestandsgruppen	99
2. Negative Kriterien für die Abgrenzung von Fallgruppen	101
a) Nicht allein wegen (schwerer) Tatfolgen	101
b) Nicht bei Ersttaten (durchschnittlichen Schweregrades)	103
c) Nicht notwendig bei Wiederholungstaten	104
d) Nicht notwendig bei vorsätzlicher Trunkenheitsfahrt	105
3. Positive Kriterien für die Abgrenzung von Fallgruppen	105
a) Bei gleichen Taten kein Übergang zu milderer Strafart	105
b) Wenn die verletzte Rechtsnorm nicht ernst genommen wird	106
c) Bei ungewöhnlicher Gleichgültigkeit	107
d) Bei besonders hartnäckigem, rechtsmißachtendem Verhalten	107
e) Bei Wiederholungstätern häufiger	108
f) Bei Ersttätern, jedenfalls bei nicht wiedergutzumachenden Schäden	110
g) Weniger Tatfolgen als Maß der Schuld und Gefährlichkeit entscheidend	111
h) Bei gewissen Tatbeständen häufiger	111
i) Auch bei vorsätzlichen Wirtschaftsdelikten	112
j) Auch bei Fahrlässigkeitstaten	112
VIII. Die BGH-Entscheidungen vom 8. Dezember 1970 und vom 21. Januar 1971	113

Inhaltsverzeichnis	9
<i>B. Kritik der Rechtsprechung</i>	116
I. Kritik an der Arbeitsweise der Rechtsprechung, ausgehend von ihren Ergebnissen	116
1. Maßstab: Voraussehbare und überprüfbare Ergebnisse....	116
2. Gelingen der Rechtsprechung voraussehbare und überprüfbare Ergebnisse?	
a) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Auslegung des Begriffs?	116
aa) Subjektive Auslegung	116
bb) Versuch mit anderen (objektiven) Auslegungsmethoden	117
b) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Bildung von Fallgruppen?	119
c) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Entscheidung im Einzelfall?	119
aa) Keine Klarheit über Strafzwecke	120
bb) Fehlen empirischer Unterlagen	120
II. Entspricht das Gesamtergebnis der Rechtsprechung dem Charakter der Norm als Ausnahmeregelung?	121
1. Erster Anschein: Anerkennung als Ausnahmeregelung	121
2. Mögliche Vorbehalte	122
a) Unsicher, ob die Ergebnisse repräsentativ für die Oberlandesgerichte sind	122
b) Die Vorinstanzen und ihr Verhältnis zur Reformgesetzgebung	122
c) Vorwiegend Verkehrsdelikte	122
III. Selbstverständnis und Funktion der Rechtsprechung zu den §§ 14, 23 StGB	123
1. Gegenüberstellung von Selbstverständnis und Funktion	123
a) Selbstverständnis der Rechtsprechung: Gesetzesinterpretation	123
b) Grenze der Interpretation	124
aa) Grenze der Interpretation im Strafrecht allgemein	124
bb) Bestimmung der Grenze bei der Anwendung des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“ durch die Gerichte	124
c) Tatsächliche Funktion der Rechtsprechung	125
2. Bewertung des Widerspruchs zwischen Selbstverständnis und tatsächlicher Funktion	127
a) Stellungnahme der Gerichte	127

aa) Ergebnislose Anwendung der subjektiven Methode	127
bb) Stilistische Vorbereitung der Einzelfallentscheidung	127
cc) Pragmatische Gründe, den Widerspruch zwischen Selbstverständnis und Funktion nicht ausdrücklich zu erörtern	128
b) Läßt sich der Widerspruch zwischen Selbstverständnis und Funktion mit Erfolg erörtern?	129
aa) Gewaltenteilung	129
bb) Bestimmtheit der Strafbarkeit	129
c) Konsequenzen des Widerspruchs zwischen Funktion und Selbstverständnis	132
aa) Gesichtspunkte für die Beibehaltung des Widerspruchs zwischen Funktion und Selbstverständnis	132
bb) Gesichtspunkte gegen die Beibehaltung des Widerspruchs	133

Zusammenfassung

Auf den Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ (§§ 14, 23 StGB) kann die Verhängung bzw. Vollstreckung einer Freiheitsstrafe nicht gestützt werden	134
---	-----

Anhang

Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem

A. Anlaß für das Seminar	142
B. Bericht über Ablauf und Verfahren des Seminars	147
I. Darstellung des zeitlichen Ablaufs	147
II. Darstellung zur Methode	151
C. Kritische Bemerkungen zum Seminar	155
I. Probleme	155
II. Positive Erfahrungen, Ausgangsbasis für Empfehlungen	159
III. Fazit	161
Entscheidungsverzeichnis	162
Literaturverzeichnis	165

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AE	Alternativentwurf
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BA	Blutalkohol
Bay	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
Br	Braunschweig
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
Ce	Celle
d.	das, des
DAR	Deutsches Autorecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Drs. V.	Bundestagsdrucksachen V. Wahlperiode
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dü	Düsseldorf
E 59	Entwurf 1959
E 60	Entwurf 1960
E 62	Entwurf 1962
f., ff.	folgende
Fr	Frankfurt
GA	Golddammers Archiv
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Ha	Hamm
Hg	Hamburg
h. M.	herrschende Meinung
i. S.	im Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung

Justiz, Die	Arbeitsblätter des Justizministeriums Baden-Württemberg
JustizverwBl.	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristenzeitung
Ka	Karlsruhe
KG	Kammergericht
KN	Kieler Nachrichten
Ko	Koblenz
Kö	Köln
l	links
lm	links mitte
lo	links oben
lu	links unten
m	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
Ol	Oldenburg
OLG	Oberlandesgericht
Prot. V.	Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform V. Wahlperiode
r	rechts
rm	rechts mitte
Rn.	Randnummer
ro	rechts oben
ru	rechts unten
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sl	Schleswig
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
St	Stuttgart
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
STRG	Strafrechtsreformgesetz
u. a.	und andere; unter anderem
u. U.	unter Umständen
v	von
VRM	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zw	Zweibrücken

Einleitung

Der Ausdruck „Verteidigung der Rechtsordnung“ taucht in der strafrechtlichen Gesetzgebung zum ersten Mal in den §§ 23 Abs. 1, 27 b Abs. 1 StGB in der Übergangsfassung des Art. 106 1. StRG¹ und dann in der seit dem 1. 4. 1970 geltenden Fassung der §§ 14 Abs. 1, 23 Abs. 3 StGB auf.

Dieser Ausdruck muß besonderes Interesse auf sich ziehen, und zwar einmal deswegen, weil er im Zusammenhang mit den viel erörterten Problemen der Verhängung und der Vollstreckung kurzzeitiger Freiheitsstrafen verwendet wird: Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten soll verhängt werden dürfen, wenn sie „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ unerlässlich ist (§ 14 Abs. 1 StGB)²; die Vollstreckung der Freiheitsstrafen von mindestens sechs Monaten wird nicht ausgesetzt, „wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet“ (§ 23 Abs. 3 StGB).

Dieser Ausdruck muß zweitens interessieren, weil man ihn in einer Gesetzesbestimmung nicht erwartet; er ist von unverbindlicher Unbestimmtheit. „Der Begriff ‚Verteidigung der Rechtsordnung‘ ist noch weitgehend ungeklärt“; das ist nicht etwa das Fazit einer kritischen monographischen Untersuchung, sondern die lapidare Feststellung im Urteil eines Amtsgerichts³ unmittelbar nach Inkrafttreten des § 27 b StGB in der Übergangsfassung des 1. StRG. Es läßt sich schwerlich bestreiten, daß das Amtsgericht die Sache richtig beschrieben hat; nur die zurückhaltende Formulierung des Richters läßt sich bemängeln. Ein ungeklärter Begriff in zwei wichtigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs: diese Annahme war der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung.

Damit entstand aber erst die Frage, in welcher Richtung die Annahme zu behandeln wäre. Die im Regelfall geübte juristische Arbeitsweise hätte es nahegelegt, den Schwerpunkt auf „n o c h“ ungeklärt zu legen und eine Klärung zu versuchen. Diese Richtung der Arbeit haben wir ausdrücklich diskutiert⁴, aber verworfen. An solchen Ver-

¹ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (BGBl. I, 645).

² Eine Freiheitsstrafe unter 6 Monaten ist auch dann zulässig, wenn sie zur „Einwirkung auf den Täter“ unerlässlich ist; diese Möglichkeit des § 14 Abs. 1 StGB wird im folgenden Text nicht mitberücksichtigt.

³ AG Oldenburg i. H., Urteil vom 26. 11. 1969 — Ds 68/69 —.

⁴ Vgl. dazu die Ausführungen im Anhang.

suchen ist in Rechtsprechung und Literatur — das wird in den Kapiteln 2 und 3 ausführlich beschrieben — kein spürbarer Mangel. Für unsere Entscheidung war jedoch wichtiger, daß diese Versuche unserer Meinung nach scheitern müssen; sie gelangen über willkürliche Setzungen nicht hinaus. Diese Versuche verdecken, daß die §§ 14, 23 StGB, soweit sie auf „die Verteidigung der Rechtsordnung“ als Merkmale für eine gesetzliche Regelung verweisen, einen nicht heilbaren Mangel enthalten, eben die Ungeklärtheit jenes Ausdruckes, was bedeutet: die Unentschiedenheit des Gesetzgebers.

Zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ sind folgende Fragen unabweisbar:

- Wie kommt es zu derartiger Unentschiedenheit im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens,
- welchen Umfang im einzelnen hat diese Unentschiedenheit,
- welche juristischen Folgerungen zeitigt diese Unentschiedenheit in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung,
- welche Anweisungen für den juristischen Umgang mit dem Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ können nach einer Aufbereitung des bisher vorliegenden Materials gegeben werden?

Unsere im folgenden zu entwickelnde Antwort auf diese letzte Frage lautet zusammengefaßt: der Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ ist so unklar und läßt sich so wenig klären, daß über diesen Begriff keine Freiheitsstrafen unter sechs Monaten begründet (§ 14 StGB) und daß über diesen Begriff keine Aussetzungen von Strafvollstreckungen verweigert (§ 23 StGB) werden dürften.

Die vorhin genannten Fragen führten zu einem klaren Aufbau der Untersuchung. Im 1. Kapitel werden die Gesetzesmaterialien seit dem E 60 dargestellt mit dem Ziel, herauszufinden, welche anwendbaren oder zumindest überprüfbaren oder entwickelbaren Vorstellungen in den Ausdruck „Verteidigung der Rechtsordnung“ eingegangen sind. Das 2. Kapitel stellt die bis Dezember 1970 erschienene Literatur zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ dar; die Erwartung, mit der die Literatur gelesen worden ist, war diese: die Literatur müßte den Gesetzgeber energisch auf seine Versäumnisse hinweisen und erörtern, was zu tun ist, wenn der Gesetzgeber ein Problem nicht entscheidet. Das 3. Kapitel verfolgt das „Schicksal“ des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“, d. h. das Schicksal der von diesem Begriff erfaßten Taten und Täter in der Rechtsprechung, vor allem der Oberlandesgerichte⁵. Dieses Schicksal ist schwankend und unvorhersehbar.

⁵ Für die Bereitschaft, uns auch unveröffentlichte Urteile zur Auswertung zu überlassen, danken wir den Oberlandesgerichten Celle (Ce), Frankfurt

Eine Bemerkung zur Begrenzung der Untersuchung: Sie beschränkt sich auf das spezielle Problem, das in dieser Einleitung beschrieben worden ist.

Die Grundsatzfragen, die mit dem Spezialthema zusammenhängen, sind nur so weit verfolgt worden, wie es die Auseinandersetzung mit dem Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ unserer Meinung nach erforderte. Zu diesen Grundsatzfragen gehören: Bestimmtheit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafrechts, insbesondere der Vorschriften über die Rechtsfolgen der Straftat; Problem der kurzen Freiheitsstrafe überhaupt; Arbeitsweise des Gesetzgebers; Verfahren der Auslegung bei unentschiedenen Gesetzesformulierungen; Verhältnis Gesetzgebung-Rechtsanwendung; Richterrecht, insbesondere Ermessen bei der Strafzumessung. Es ergab sich im Laufe der Untersuchung, daß die Erörterungen zu diesen allgemeinen Fragen bei der Stellungnahme zum speziellen Problem nur bedingt benutzt werden konnten. Man wird daher die eine oder andere heftig umstrittene Grundsatzfrage nicht oder nur als Skizze finden.

(Fr), Koblenz (Ko), Köln (Kö), Oldenburg (Ol), Schleswig (Sl), Stuttgart (St), dem Bayerischen Obersten Landesgericht (Bay) sowie dem Bundesverfassungsgericht (BVG) und dem Landgericht Mainz.

Die bis Ende Dezember 1970 (Redaktionsschluß) veröffentlichte Rechtsprechung ist vollständig verwertet.