

Schriften zum Strafrecht

Band 40

Schutzbedürftigkeit des
Opfers und Strafrechtsdogmatik

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB

Von

Dr. Raimund Hassemer



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

RAIMUND HASSEMER

Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik

Schriften zum Strafrecht

Band 40

Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB

Von

Dr. Raimund Hassemer



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04867 9

Meinen Eltern

Vorwort

Die Strafrechtswissenschaft hat in den letzten Jahren eine Veränderung und Erweiterung ihres Gesichtsfeldes erfahren. Waren es früher der Täter und die von ihm bewirkte Rechtsgutsverletzung, denen das primäre Interesse der Strafrechtsdogmatik galt, so tritt heute immer häufiger ein Drittes hinzu: die Frage nämlich, *ob* und — bejahendenfalls — *wie* das Verhalten des Verletzten bei der Würdigung der Tat zu berücksichtigen sei.

Ursprung und Grund dieser Entwicklung sind zum jetzigen Zeitpunkt schwer auszumachen. Festzustehen scheint jedoch, daß die „Blickwendung vom Täter zum Opfer“, die „Wiederentdeckung des Opfers für die Unrechtslehre“, wie *Wilfried Küper* diese „Tendenzwende“ in seiner Würdigung der 1979 erschienenen Festschrift für Paul Bockelmann genannt hat (GA 1980, S. 217 f.), im Begriffe sind, ein zentrales strafrechtliches Paradigma in Frage zu stellen.

Die vorliegende Untersuchung fühlt sich dieser neuen Konzeption verpflichtet. Sie will versuchen, die rechtliche Gebotenheit und praktische Notwendigkeit einer das Opferverhalten reflektierenden und verarbeitenden Strafrechtswissenschaft aufzuweisen. Gleichzeitig geht es ihr darum, Möglichkeiten und Grenzen einer „viktimologisch“ angeleiteten Rechtsfindung im Allgemeinen und Besonderen Teil unseres StGB zu demonstrieren.

Das Manuskript der Arbeit, die im Sommersemester 1980 der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim als Dissertation vorgelegen hat, wurde im Frühjahr 1980 abgeschlossen. Es ist für den Druck geringfügig überarbeitet und — soweit möglich — auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und Literatur gebracht worden.

Mein aufrichtiger und herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Bernd Schünemann, Mannheim. Er hat nicht nur den Anstoß zur vorliegenden Untersuchung gegeben und sie auf ihrem oft schwierigen Weg mit solidarischer Kritik begleitet; er war mir auch in den bislang drei Jahren meiner Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl stets ein verständnisvoller und anregender Lehrer. Danken möchte ich weiterhin Herrn Prof. Dr. Wolfgang Frisch, Mannheim, der meiner Arbeit trotz mancher unterschiedlicher Position in vielen Gesprächen wertvolle Impulse gab.

Mannheim, im November 1980

Raimund Hassemer

Inhaltsverzeichnis

Teil A

Rechtsgutsgefährdung und Rechtsgüterschutz

I. Einleitung	17
II. Die Erforderlichkeit strafrechtlichen Schutzes als Voraussetzung der Zulässigkeit der Kriminalisierung; Vorläufige Abgrenzung zur Schutzwürdigkeit des Gutes	19
III. Die individuelle Schutzmöglichkeit des Rechtsgutsträgers als „milderes Mittel“ im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes	22
1. Probleme der Ermittlung der individuellen Schutzmöglichkeit..	25
IV. Die generelle Gefährdung; Begriff, Einflußgrößen und Tendenzen	26
V. Die Selbstschutzmöglichkeit; Begriff	29
1. Der Einfluß des menschlichen Gemeinschaftsbedürfnisses auf die Selbstschutzmöglichkeit	29
2. Der Einfluß der gesellschaftlichen Entwicklung auf den Umfang der individuellen Außenkontakte	30
3. Der Einfluß der individuellen Außenkontakte auf den Umfang der Selbstschutzmöglichkeit	31
VI. Normative Kriterien der individuellen Schutzmöglichkeit	32
1. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Individuums ..	34
2. Folgerungen hinsichtlich Art und Ausmaß der individuellen Außenkontakte	36
VII. Generelle Gefährdung und Selbstschutzmöglichkeit in ihrem Zusammenwirken: die das Rechtsgut bedrohende Gefahrintensität ..	38
VIII. Gefahrintensität und Strafrechtsschutz de lege lata	43
1. Schutztechnik bei Rechtsgütern, die Angriffen unterschiedlich hoher Gefahrintensität ausgesetzt sind: der Schutzbereich	46
2. Gefahrintensität und besondere Werthaftigkeit des Gutes	49
IX. Zusammenfassung von Teil A	51

*Teil B***Rechtsgutsgefährdung und Schutzbedürftigkeit des Opfers**

I. Gefahrintensität und Strafrechtsschutz de lege lata; Normtypen des Besonderen Teils	52
1. Der kongruente Tatbestand	52
2. Der inkongruente Tatbestand	53
3. Das Beziehungsdelikt	54
4. Das Zugriffsdelikt	55
II. Rechtsgut und Schutzbereich; Folgerungen aus der Typisierung der Tatbestände für eine Rechtsgewinnung mit Hilfe der teleologischen Methode	56
1. Der Rechtsgüterschutz als alleiniger Telos der Strafnorm: Schwinge	56
2. Die Kritik Schaffsteins	57
3. Teleologische Methode und Schutzbereich	58
a) Die Auslegung kongruenter Tatbestände	60
b) Die Auslegung anderer Normtypen	61
III. Rechtsgut, Rechtsgutsobjekt und Gefahrintensität	61
1. Die abstrakte Gefahrintensität als dem Rechtsgut typischerweise drohende Gefahr	62
2. Die konkrete Gefahrintensität als dem Rechtsgutsobjekt im Einzelfall drohende Gefahr	63
3. Eigene Einwirkungen des Rechtsgutsträgers auf das Ausmaß der konkreten Gefahrintensität	63
a) Einwirkungen bei Zugriffsdelikten	65
aa) Einwirkungen auf die Selbstschutzwurzel der Gefahrintensität	65
bb) Einwirkungen auf die Gefährdungswurzel der Gefahrintensität	66
b) Einwirkungen bei Beziehungsdelikten	68
aa) Einwirkungen auf die Selbstschutzwurzel der Gefahrintensität	69
bb) Einwirkungen auf die Gefährdungswurzel der Gefahrintensität	71
IV. Die Schutzbedürftigkeit des Opfers; Begriff und Bedeutung	72
1. Die Abhängigkeit der Schutzbedürftigkeit vom Ausmaß der konkreten Gefahrintensität	72
a) Schutzbedürftigkeit und Schutzlosigkeit	73

V. Das Entfallen der Schutzbedürftigkeit des Opfers als Folge eigener Einwirkung auf das Ausmaß der konkreten Gefährdungsintensität	75
1. Kriterien entfallender Schutzbedürftigkeit	75
a) Der Normtyp	77
b) Grundtatbestand, Qualifizierung, Privilegierung	77
c) Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Individuums	78
d) Konkretisierungen der Sozialadäquanz von Außenkontakten	78
VI. Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrecht	79
1. Die Schutzbedürftigkeit des Opfers als Zulässigkeitsvoraussetzung des Einsatzes strafrechtlicher Mittel im Einzelfall	80
2. Das Prinzip der Schutzbedürftigkeit des Opfers im Strafrecht und in der Strafrechtsdogmatik	81
a) Schutzbedürftigkeit und Auslegung	82
b) Schutzbedürftigkeit und „Einwilligung in die Gefährdung“	83
c) Schutzbedürftigkeit und Notwehrrecht	88
d) Schutzbedürftigkeit und §§ 199, 233	91
aa) Exkurs: §§ 199, 233 in ihrer Bedeutung als Kriterien entfallender Schutzbedürftigkeit	92
VII. Einzelfragen	93
1. Die subjektiven Voraussetzungen entfallender Schutzbedürftigkeit	93
2. Die Zumutbarkeit alternativen Verhaltens	94
3. Möglichkeiten der Kompensation	95
VIII. Zusammenfassung von Teil B.....	97

Teil C

Irrtum und Zweifel im Betrugstatbestand

I. Das Irrtumsmerkmal in § 263 und das Problem des unter Zweifeln Verfügenden	99
II. Geschichtlicher Überblick	101
1. Die Rechtsprechung des RG	101
2. Die Strafrechtswissenschaft bis 1945	104
3. Die Rechtsprechung des BGH	106
4. Die Rechtsprechung anderer Gerichte	108

5. Die Strafrechtswissenschaft nach 1945	109
a) Giehring	109
b) Lackner	110
c) Herzberg	111
d) Amelung	111
e) Frisch	112
III. Grundlagen einer eigenen Konzeption	113
1. § 263 als Beziehungsdelikt; Relevanz dieser Charakterisierung für die Auslegung des Betrugstatbestands	114
2. Die Konsequenzen der Charakterisierung des § 263 als Beziehungsdelikt	116
a) Der funktionale Zusammenhang zwischen „Täuschung“ und „Irrtum“	117
b) Das Irrtumsmerkmal als Kriterium der Selbstschutzmöglichkeit	118
aa) Einwände Herzbergs	118
bb) Einwände Frischs	120
IV. Methodische Vorüberlegungen	122
1. Grammatikalische und historische Auslegung des Irrtumsmerkmals	122
2. Herzbergs Versuch einer systematischen Auslegung des Irrtumsmerkmals	122
3. Methodische Konsequenzen der eigenen Konzeption	126
V. Selbstschutzmöglichkeiten des Rechtsgutsträgers und Irrtumsmerkmal des § 263	127
1. Inhalt und Grenzen der Selbstschutzmöglichkeiten des Rechtsgutsträgers	128
2. Genauere Bestimmung der Grenze der Realisierung der Selbstschutzmöglichkeiten	129
3. Verringerung der individuellen Selbstschutzmöglichkeiten und Entfallen der Schutzbedürftigkeit; die kognitiven Situationen des verfügenden Rechtsgutsträgers	131
a) Diffuser Zweifel und subjektive Gewißheit	131
b) Konkreter Zweifel	134
c) Relevante Unterschiede dieser kognitiven Situationen	136
d) Ergebnis	137
4. Erhöhte Gefahrintensität und strafrechtliche Reaktion	137
a) Der sich subjektiv gewiß fühlende Rechtsgutsträger	138
b) Der diffus zweifelnde Rechtsgutsträger	140
c) Der konkret zweifelnde Rechtsgutsträger	140
d) Vergleich und Bewertung der unterschiedlichen Situationen	141

5. Exkurs: Die Situation des verfügenden Rechtsgutsträgers in entscheidungstheoretischer Sicht	143
a) Der sich subjektiv gewiß fühlende Rechtsgutsträger	144
b) Der diffus zweifelnde Rechtsgutsträger	145
c) Der konkret zweifelnde Rechtsgutsträger	146
d) Vergleich und Bewertung der unterschiedlichen Situationen	146
6. Ergebnis	147
VI. Die Stellung der eigenen Ergebnisse im Vergleich zu den in der Literatur vertretenen Meinungen	147
1. Die Inkompatibilität der Konzeptionen	148
2. Kritik der in der Literatur vertretenen Meinungen	150
3. Kritik der Konzeption Amelungs	152
4. Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des Opfers	154
VII. Kriminalpolitische Implikationen entfallender Schutzbedürftigkeit des konkret zweifelnden Rechtsgutsträgers	155
1. Vorbemerkung: Die Unerheblichkeit von Art und Vermittlung der zum konkreten Zweifel führenden oder diesen beseitigenden Informationen	156
2. Der konkrete Zweifel im Rahmen von Austauschbeziehungen des „normalen“ Bürgers	157
3. Der konkrete Zweifel im Rahmen von Austauschbeziehungen im geschäftlichen Bereich	159
a) Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Erhebung weiterer Informationen	159
b) Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Absehens von der projektierten Verfügung	160
4. Die verbleibenden, aus dem Anwendungsbereich des § 263 auszuscheidenden Fälle	161
a) Der Fall der Trägheit	162
b) Der Fall des Risikos	163
VIII. Zusammenfassung von Teil C	166
IX. Anhang: Exemplifikation der eigenen Konzeption anhand des Fallmaterials	167
1. Der Deputatkohlefall	168
2. Der Scheckkartenfall	171
3. Der Kostenvorschufall	173
4. Die Lieferantenfälle	174
5. Die Prozeßbetrugsfälle	175
a) Vorbemerkung	176
b) Die Spielarten des Prozeßbetrugs im einzelnen	177
6. Die Konventionalstrafen- und Bettelbetrugsfälle	180
Literaturverzeichnis	181

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ba.-wü. LBO	Baden-württembergische Landesbauordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Amtliche Sammlung
BT	Besonderer Teil
BTD	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
DAR	Deutsches Autorecht
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GewO	Gewerbeordnung
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

m. zahlr. w. N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
PrObTrib	Preußisches Ober-Tribunal
Rdnr.	Randnummer
RdO	Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals in Strafsachen, hrsgg. von Oppenhoff
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung
SchwZStrafrecht	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

Im übrigen folgen die Abkürzungen in dieser Arbeit *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl. 1968.

Paragrafen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Teil A

Rechtsgutsgefährdung und Rechtsgüterschutz

I. Einleitung

Der Satz, daß Aufgabe des Strafrechts der Rechtsgüterschutz sei, provoziert spätestens seit den Zeiten des Alternativentwurfs¹ keinen erheblichen Widerspruch mehr. Er findet sich heute in so gut wie allen Lehrbüchern und Kommentaren zum StGB² und ist auch von der Rechtsprechung akzeptiert worden³. Selbst *Welzels* Forderung nach einer als „Sicherung der elementaren Handlungswerte“ verstandenen Aufgabe des Strafrechts⁴ gründet in der Auffassung, daß nur ein Strafrecht, das sich dieser „umfassenderen sozialemischen Funktion“⁵ bewußt bleibe, auf Dauer geeignet sei, den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten⁶.

Angesichts dieser Tatsache nimmt es nicht wunder, daß in den letzten Jahren die strafrechtliche Auseinandersetzung um den Rechtsgutsbegriff mit besonderer Intensität geführt und um eine Fülle von neuen Anregungen und Impulsen bereichert worden ist⁷. Diese Diskussion, die

¹ In dessen § 2 Abs. 1 dies ausdrücklich betont wird.

² S. nur *Jescheck*, Lehrbuch, S. 5 ff.; *Baumann*, Strafrecht, S. 9 f.; *Maurach / Zipf*, Strafrecht, AT 1, S. 277 ff.; *Wessels*, Strafrecht, AT, S. 2 f.; *Otto*, Strafrecht, AT, S. 20 f.; *Bockelmann*, Strafrecht, AT, S. 10 ff.; *Stratenwerth*, Strafrecht, S. 13 ff.; *Lenckner*, in: Schönke / Schröder, Rdnr. 8 ff. vor §§ 13 ff.; *Lackner*, StGB, Anm. II vor § 13; *Rudolphi*, in: SK, Rdnr. 1 ff. vor § 1; *Jescheck*, in: LK, Einl., Rdnr. 3 f. Vgl. auch *Otto*, Rechtsgutsbegriff, S. 1; *Rudolphi*, Aspekte, S. 159 ff.; *Arthur Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip, S. 101 ff.; *Roxin*, ZStW 81, 622 ff.; *ders.*, JA 1980, 546 f.; *Sax*, Grundsätze, S. 911; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 136 ff.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 197 ff.; *Hanack*, Revision, S. 32 ff.; *Pasquay*, Insemination, S. 23 ff.; *Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 122; *Otto*, Strafwürdigkeit, S. 54 f.; *Volker Hassemer*, Delictum sui generis, S. 50 f.; *Winfried Hassemer*, Theorie, S. 87 ff.; *Marx*, Rechtsgut, S. 60 f. et passim; *Schall*, Schutzfunktionen, S. 72; *Müller-Emmert*, GA 1976, 293; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 318 ff. et passim.

³ Etwa BVerfGE 32, 109; 39, 46; 45, 253 f.

⁴ Strafrecht, S. 4; vgl. auch *Peters*, ZStW 77, 473 ff.

⁵ Strafrecht, S. 4.

⁶ S. hierzu auch *Peters*, Grundlagen, S. 77 ff.; *Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 23 ff.; *Winfried Hassemer*, Theorie, S. 92 ff.

⁷ Etwa durch die Arbeiten von *Amelung*, Rechtsgüterschutz; *Winfried Hassemer*, Theorie; *Lampe*, Rechtsgut; *Marx*, Rechtsgut; *Otto*, Rechtsgutsbegriff; *Rudolphi*, Aspekte.

hinsichtlich ihrer historischen Dimension in den Untersuchungen von *Sina*⁸ und insbesondere *Amelung*⁹ eine kompetente Darstellung gefunden hat¹⁰, soll im folgenden in ihren heutigen Verästelungen nicht nachgewiesen, sondern weitgehend vorausgesetzt werden. Ein solches Verfahren erscheint trotz der teilweise erheblich differierenden Definitionen des Rechtsgutsbegriffs in Rechtsprechung und Literatur¹¹ und ungeachtet der trotz gleicher Basissätze gegensätzlichen Ergebnisse bei der Lösung kriminalpolitischer Probleme der jüngeren Zeit¹² deshalb zulässig, weil die hier zu erörternden Fragen von diesen Meinungsverschiedenheiten unberührt bleiben und in jede dem Rechtsgüterschutz verpflichtete Konzeption integriert werden können.

Ist die strafrechtliche Schutzwürdigkeit eines Gutes nämlich festgestellt¹³, so ist die sich hieran notwendig anschließende Frage, ob strafrechtlicher Schutz auch *tatsächlich zu gewähren* sei, noch nicht entschieden. Zur besonderen Werthaftigkeit des Gutes muß vielmehr hinzutreten, daß gerade der Einsatz strafrechtlicher Mittel zu dessen Schutz geeignet¹⁴ und erforderlich¹⁵ ist. Die vorliegende Untersuchung wird ihre Aufmerksamkeit insbesondere dem zweiten dieser beiden

⁸ Rechtsgüterschutz.

⁹ Rechtsgüterschutz.

¹⁰ Einen gerafften historischen Überblick bieten auch *Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 6 ff., und *Schall*, Schutzfunktionen, S. 42 ff.

¹¹ Rechtsgüter sind, um nur willkürlich einige Definitionen herauszugreifen, „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“ (BVerfG NJW 1975, 576), die „Grundwerte der Sozialordnung“ (*Jescheck*, Lehrbuch, S. 5), „die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen“ (*Baumann*, Strafrecht, S. 9), „Objekte, die dem Menschen seine Selbstverwirklichung ermöglichen“ (*Marx*, Rechtsgut, S. 62), „Sachverhalte(n), die als wertvoll im Hinblick auf die gedeihliche Existenz des Einzelnen oder der Gemeinschaft erlebt werden“ (*Schmidhäuser*, Unrechtstatbestand, S. 444), „gewährleistende Elemente“ der äußeren Friedensordnung (*Roxin*, Konzeption, S. 622) und vieles andere mehr. Vgl. auch etwa die Definitionen von *Binding* (Normen, S. 353 ff.) und *Hirschberg* (Schutzobjekte, S. 62). S. auch die Nachweise bei *Otto*, Rechtsgutsbegriff, S. 2 f. und die Überlegungen bei *Winfried Hassemer*, Theorie, S. 61 ff.

¹² Neben den später nochmals aufzugreifenden Bereichen etwa der Entkriminalisierung des Ladendiebstahls oder der Ausweitung des Wirtschaftsstrafrechts ist hier insbesondere der Problembereich der Sittlichkeitsdelikte zu nennen (vgl. hierzu nur *Jäger*, Strafgesetzgebung, und *Hanack*, Revision).

¹³ Vgl. hierzu *Hamann*, Grundgesetz, S. 25 f.; *Sax*, Tatbestand, S. 10 ff.; *Schünemann*, ZSchwR 1978, 147 f.; *ders.*, ZStW 90, 41 f.

¹⁴ Zum Grundsatz der Geeignetheit des Mittels s. etwa *Lerche*, Übermaß, S. 75 ff.; *Wittig*, DÖV 1968, 817; *Tiedemann*, Gutachten, S. 33 ff.; *Schünemann*, ZStW 90, 40 f.; *ders.*, Verkehrsunfallflucht, S. 96 ff.; *ders.*, ZSchwR 1978, 148; *Badura*, Stellungnahme, S. 1094 f.; *Rudolphi*, in: SK, Rdnr. 13 vor § 1; *Günther*, JuS 1978, 9 f. Vgl. auch BVerfG NJW 1978, 933 ff. m. w. N. aus der Rspr. des BVerfG.

¹⁵ Vgl. hierzu *Hamann*, Grundgesetz, S. 31; *Badura*, Stellungnahme, S. 1094 f.; *Schünemann*, ZStW 90, 41; *Rudolphi*, in: SK, Rdnr. 14 f. vor § 1; *Baumann*, Strafrecht, S. 27; s. auch BVerfGE 6, 433; 39, 46 f., jeweils m. w. N.

Kriterien, der Frage der Erforderlichkeit des Strafrechtsschutzes, und damit einem Problemkreis widmen, der unter den Schlagworten der „Subsidiarität“ und des „fragmentarischen Charakters“ des Strafrechts¹⁶ seit langem zum gängigen Repertoire der Dogmatik gehört. So betont etwa *Arthur Kaufmann*¹⁷, daß nur solchen Rechtsgütern strafrechtlicher Schutz gebühre, die anders nicht wirksam geschützt werden könnten; und *Roxin*¹⁸ fordert die Zurückhaltung des Strafrechts überall da, wo die Aufrechterhaltung werthafter Zustände mit milderer Mitteln möglich sei.

Trotz dieser weitgehenden Übereinstimmung im Grundsätzlichen ist es, soweit ich sehe, jedoch noch niemals in ausgearbeiteter Manier unternommen worden, das Kriterium der Erforderlichkeit strafrechtlichen Schutzes kriminalpolitisch und für strafrechtsdogmatische Zwecke fruchtbar zu machen¹⁹. Einen Versuch in diese Richtung will die vorliegende Arbeit wagen, indem sie die Schutzbedürftigkeit des Opfers als integralen Bestandteil der Erforderlichkeit des strafrechtlichen Schutzes erweisen und hieraus einige Hinweise zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des StGB zu gewinnen suchen wird.

II. Die Erforderlichkeit strafrechtlichen Schutzes als Voraussetzung der Zulässigkeit der Kriminalisierung Vorläufige Abgrenzung zur Schutzwürdigkeit des Gutes

Das Prinzip der Subsidiarität strafrechtlichen Schutzes ergibt sich unmittelbar aus dem insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einem tragenden Pfeiler der grundgesetzlichen Ordnung entwickelten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁰. Diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzung jedes hoheitlichen Eingriffes²¹, die das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet

¹⁶ Vgl. nur *Baumann*, Strafrecht, S. 10, 27; *Welzel*, Strafrecht, S. 12; *Jescheck*, Lehrbuch, S. 3; *Rudolphi*, in: SK, Rdnr. 14 vor § 1; *Jescheck*, in: LK, Einl., Rdnr. 3; *Peters*, Begrenzung, S. 492, 502 ff., 507 ff.; *ders.*, Strafprozeß, S. 35; *Arthur Kaufmann*, Tendenzen, S. 39 f.; *Roxin*, JuS 1966, 382 ff.; *ders.*, ZStW 81, 620 ff.; *ders.*, Kriminalpolitik, S. 23; *ders.*, JA 1980, 547.

¹⁷ Subsidiaritätsprinzip, S. 102.

¹⁸ JuS 1966, 382.

¹⁹ Ideenreiche, wenn auch überwiegend auf Rechtsfindungsprobleme konzentrierte Ansätze zu einer diesbezüglichen Forschung finden sich bei *Ame- lung* (Irrtum), *Frisch* (Funktion) und *Schünemann* (ZStW 90, 11 ff.; ZSchwR 1978, 131 ff.; Prolegomena).

²⁰ BVerfGE 7, 397 ff.; 16, 202; 17, 117 f.; 19, 348 f.; 20, 186; 23, 133; 24, 404; 27, 218 ff.; 30, 20 ff.; 32, 379; 34, 246; 50, 174; s. auch die Nachweise bei *Gentz*, NJW 1968, 1601.

²¹ So besonders deutlich BVerfGE 16, 201 f.; s. auch BVerfGE 10, 173; 16, 172 f.; 20, 186 f.