

Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat

Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen
zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015

Herausgegeben von

Carl-Friedrich Stuckenberg und
Klaus Ferdinand Gärditz



Duncker & Humblot · Berlin

Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat

Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen
zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015

Schriften zum Strafrecht

Band 280

Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat

Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen
zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015

Herausgegeben von

Carl-Friedrich Stuckenberg und
Klaus Ferdinand Gärditz



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: BGZ Druckzentrum GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14338-2 (Print)

ISBN 978-3-428-54338-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84338-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Am 2. Juli 2015 begeht Hans-Ullrich Paeffgen seinen 70. Geburtstag. Aus diesem Anlass widmen ihm Kollegen und Schüler als Zeichen ihrer Verbundenheit und Dankbarkeit diese Festschrift.

Geboren am 2. Juli 1945 in Bad Tölz, verbrachte Hans-Ullrich Paeffgen die Schulzeit in Aachen und studierte nach dem Wehrdienst von 1967 bis 1971 Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; die juristischen Staatsprüfungen legte er 1971 in Köln und 1976 in Mainz ab. Seinen akademischen Werdegang begann er als Mitarbeiter bei Justus Krümpelmann, zunächst in Bonn und nach dessen Wechsel an die Johannes Gutenberg-Universität seit 1973 in Mainz. Mit der von Krümpelmann betreuten Dissertation „Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre“ wurde er 1978 promoviert. Fünf Jahre später verlieh ihm die Mainzer Fakultät die *venia legendi* für die Fächer Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie; 1986 erschien die Habilitationsschrift unter dem Titel „Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts“. Noch vor Abschluss des Mainzer Habilitationsverfahrens wurde Hans-Ullrich Paeffgen 1982 an die Universität Bonn berufen, an der er bis 1993 wirkte. Von den im Sommer 1992 an ihn ergangenen Rufen nach Potsdam und Dresden nahm er den Ruf an die Technische Universität Dresden an, kehrte aber schon 1996 wieder an die Bonner Fakultät zurück, der er seitdem treu geblieben ist. Einen Ruf nach Mainz im Jahr 2000 auf den Lehrstuhl seines Lehrers Krümpelmann lehnte er schweren Herzens ab.

Zu den Forschungs- und Interessenschwerpunkten Hans-Ullrich Paeffgens gehören nicht nur die Dogmatik des Allgemeinen und Besonderen Teils des Strafrechts sowie das Strafprozessrecht, sondern ebenso – in für Strafrechtswissenschaftler ungewöhnlichem Umfang sowie mit nicht minder ungewöhnlicher Sachkunde – das Öffentliche Recht, und zwar sowohl Verfassungs- als auch Verwaltungsrecht, namentlich Polizei- und Datenschutzrecht, zudem das Recht des europäischen Menschenrechtsschutzes. Zu besonderer Blüte brachte Paeffgen diese Perspektivenverknüpfung, wenn er sich mehrdimensionalen Themen wie der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts widmete. Ein weiterer Interessenschwerpunkt ist die neuere Rechtsgeschichte nicht nur unter strafrechtlichem Aspekt. Alle diese Gebiete hat er durch eine Fülle wissenschaftlicher Beiträge maßgebend geprägt. Dies gilt insbesondere für seine monumentalen Kommentierungen zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur EMRK, die – im erfrischenden Kontrast zu praxisnäheren Akteuren des Genres – stets wissenschaftliche Distanz zum geltenden Recht halten und an scharfer Kritik nicht sparen, wo diese, wie nicht selten, für nötig befunden wird. Denn kennzeich-

nend für Hans-Ullrich Paeffgen wissenschaftliches Ethos, das seine Schüler prägt und seine Kollegen beeindruckt, ist das hartnäckige Ringen um den Begriff und das in unbestechlicher Ernsthaftigkeit betriebene Bohren nach festem Grund für solide dogmatische Gebäude. Jede Oberflächlichkeit ist ihm ein Greuel. Den wissenschaftlichen Streit hat Hans-Ullrich Paeffgen daher nie gescheut, jedoch abweichenden Meinungen auch seiner Schüler stets vorbildliche Toleranz entgegengebracht.

Die Herausgeber danken den Autoren für ihre Beiträge und dem Verlag für die erfreuliche Zusammenarbeit. Gemeinsam mit allen Mitwirkenden wünschen sie Hans-Ullrich Paeffgen gute Gesundheit und ungebrochene Schaffenskraft, auf dass Strafrechtswissenschaft und Praxis noch lange durch seinen kritischen Scharfsinn bereichert werden.

Bonn, im Juli 2015

*Carl-Friedrich Stuckenberg,
Klaus Ferdinand Gärditz*

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen der Strafrechtswissenschaft

Michael Pawlik

Der Kampf ums Dasein. Innovationen in der Allgemeinen Verbrechenlehre, evolutionstheoretisch betrachtet 13

Detlev Sternberg-Lieben

Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse 31

Stephan Stübinger

Die Unbestimmtheit des Verbrechensbegriffs – Neues zu einer alten Geschichte 49

Rainer Zaczyk

Das Recht und die Lüge. Zu Kants Aufsatz „Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen“ 81

Klaus-Stephan von Danwitz

Verlernt Hans das, was Hänschen gelernt hat? Ein Beitrag zu den Entstehungsbedingungen von Spätkriminalität 97

Wolfgang Löwer

Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Herkommen – Rechtsgrund – Durchsetzung 111

II. Allgemeiner Teil des Strafrechts

Urs Kindhäuser

Verursachen und Bedingen. Zur Regressverbotslehre Reinhard Franks 129

Wolfgang Schild

Sportadäquanz. Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums 153

Friedrich Toepel

Sich Abfinden mit der Tatbestandsverwirklichung 177

Klaus Lüderssen

Irrtum und Schuld. Tatbezogene Rechtsfolgenewägungen relativieren dogmatisch-konstruktive Handlungs- und Bewußtseinsstrukturen 193

<i>Volker Erb</i>	
Der Erlaubnistatbestandsirrtum als Anwendungsfall von § 17 StGB	205
<i>Günther Jakobs</i>	
Der sogenannte Erlaubnistatbestandsirrtum	221
<i>Franz Streng</i>	
Der Erlaubnistatbestandsirrtum und die Teilnahmefrage – Elemente einer Akzessorietätslösung	231
<i>Lothar Kuhlen</i>	
Eine Anmerkung zur Lehre vom Doppelirrtum	247
<i>Claus Roxin</i>	
Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre	255
<i>Michael Hettinger</i>	
Die besonders schweren Fälle mit oder ohne Regelbeispiele: Misslungene oder gelungene Rechtsfiguren? – Ein Vorschlag zur Güte	267
III. Besonderer Teil des Strafrechts	
<i>Jürgen Wolter</i>	
Proliferation, Whistleblowing und Wahlfeststellung im Rahmen des Landesverrats	287
<i>Bernd Müssig</i>	
Einspruch: Zur notwendigen Differenzierung von Mord und Totschlag bei der Reform der Tötungsdelikte	301
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Standards valider Argumentation in der Diskussion zur strafrechtlichen Bewertung von Maßnahmen der „Sterbehilfe“	317
<i>Torsten Verrel</i>	
Vereine und Ärzte helfen nicht, nimm Dir selbst den Strick! Anmerkungen zur Diskussion über die Kriminalisierung von Suizidbeihilfe	331
<i>Wilfried Küper</i>	
Über den Versuch der Absatzhehlerei	345
<i>Klaus Rogall</i>	
Totgesagte leben länger! – Zur Aufgabe der Interessentheorie durch den BGH	361
<i>Thomas Vormbaum</i>	
Das Delta der Rechtsbeugung. Zum Schutzgut und zum Täterkreis des § 339 StGB	377

IV. Strafprozessrecht

<i>Wolf-Rüdiger Schenke</i>	
Die Gesetzgebungskompetenz für die Strafverfolgungsvorsorge	393
<i>Christoph Gusy</i>	
Grundrechtssicherung durch Richtervorbehalte	407
<i>Frank Zieschang</i>	
Polizeiliche Tatprovokation	423
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i>	
Verfahrensöffentlichkeit im Strafprozess. Eine Standortsuche zwischen Prozessfunktionen, Legitimationstheorie und Verfassungsrecht	439
<i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i>	
Justizpflicht und Verdacht	483
<i>Robert Esser</i>	
Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) bei Verfahrenstrennung. EGMR, Karaman/Deutschland, Urteil v. 27.2.2014, 17103/10	503
<i>Heiko Lesch</i>	
Die Akten im Strafprozeß – ein Beitrag aus der Sicht der Strafverteidigung . . .	527
<i>Hans Dahs</i>	
Der „entfernte“ Angeklagte oder die Hauptverhandlung als „Videokonferenz“	559
<i>Martin Böse</i>	
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und die Verteidigung des abwesenden Angeklagten in der Berufung	567
<i>Wolfgang Frisch</i>	
Zum Recht des abwesenden Angeklagten auf Verteidigung, insbesondere in der Berufungsinanz	589
<i>Wolfgang Wohlers</i>	
Der Strafverteidiger: Rechtsbeistand oder (auch) Vertreter des Beschuldigten?	621
<i>Ralf Eschelbach</i>	
Informelle Urteilsabsprachen	637
<i>Ingeborg Puppe</i>	
Präzisionsgebote und Beurteilungsspielraum in der strafrechtlichen Rechtsprechung	655

<i>Helmut Frister</i>	
Darf die Strafzumessungsschuld im Strafverfahren geschätzt werden?	675
<i>Klaus Wasserburg</i>	
Psychiatrisch-psychologische Gutachten ohne Mitwirkung des Probanden	687
<i>Sabine Gleß</i>	
Die Würde des Zeugen ist antastbar? Allgemeines Persönlichkeitsrecht im Strafprozess	703
<i>Mark A. Zöller</i>	
Opferschutz im Strafverfahren – Zwischenbilanz eines Widerspruchs	719
<i>Thomas Fischer</i>	
Kann das strafrechtliche Revisionsrecht noch etwas bewegen?	737
<i>Peter Rieß</i>	
Einheitsrechtsmittel und Revisionserweiterung – Erinnerungen an eine Re- formdiskussion vor vier Jahrzehnten	757
V. Internationales	
<i>Christoph Grabenwarter</i>	
Die Vorratsdatenspeicherung aus der Perspektive der EMRK, der Grundrechte- Charta und des Verfassungsrechts	779
<i>Frank Meyer</i>	
Der EGMR als Tatsacheninstanz und das Recht auf Wahrheit	793
<i>Claus Krefß</i>	
Deutschland und das Verbrechen der Aggression	815
<i>Andreas Ransiek</i>	
Der Einsatz von Drohnen und Wärmebildkameras nach amerikanischem und deutschem Strafverfahrensrecht	829
<i>Friedrich-Christian Schroeder</i>	
Anklage und Gericht	845
Veröffentlichungen von Hans-Ullrich Paeffgen	853
Autorenverzeichnis	861

I. Grundlagen der Strafrechtswissenschaft

Der Kampf ums Dasein. Innovationen in der Allgemeinen Verbrechenslehre, evolutionstheoretisch betrachtet

Von Michael Pawlik

I.

Nach einer Bemerkung des Kommunikationswissenschaftlers Josef Kopperschmidt ist Argumentieren „eine viel zu anstrengende und riskante Sache, als dass man sie betreiben würde, wenn man nicht müsste“.¹ Solange der einzelne Rechtswissenschaftler an der von ihm vorgefundenen Rechtslage nichts Nennenswertes auszusetzen findet, hat er keinen Anlass, sich über eine abweichende Interpretation Gedanken zu machen. So stellte Berner nach dem Erlass des Reichsstrafgesetzbuches befriedigt fest, nunmehr befinde die Wissenschaft sich „so ziemlich im Niveau mit dem Positiven“, weshalb sie „jetzt hauptsächlich die Aufgabe der affirmativen Verarbeitung des Gegebenen“ habe.²

Einer jeden Argumentation liegt somit ein konkretes Unbehagen zugrunde. Der Argumentierende sieht ein Problem, für das er einen methodisch reflektierten Lösungsvorschlag unterbreitet.³ Diese Beunruhigung mag zwar mehr oder weniger stark ausfallen. Das Spektrum reicht von dem Urteil, dass ein einzelnes Rechtsinstitut – im Fall Bindings war es beispielsweise das Fahrlässigkeitsdelikt – sich in einer Krise befinde, die mit den dogmatischen Bordmitteln nicht bewältigt werden könne,⁴ bis zu dem Verdikt, dass die Strafrechtspflege insgesamt eine „fast unglaublich-

¹ Kopperschmidt, Argumentationstheorie zur Einführung, 2000, S. 8.

² Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1871, S. VIII.

³ Philosophiegeschichtlich verweist dieser Ansatz in erster Linie auf den klassischen Pragmatismus (James, Der Pragmatismus, 1908, S. 37 ff.; Dewey, Die Erneuerung der Philosophie, 1989, S. 183 ff.) und dessen – durchaus unterschiedliche – spätere Fortentwicklungen (exemplarisch sei verwiesen auf Popper, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl. 1984, S. 270; dens., Vermutungen und Widerlegungen, Bd. I, 1994, S. 96 ff.; Kopperschmidt [Fn. 1], S. 31 f.; Simon, Philosophie des Zeichens, 1989, S. 170). Mit Menke (in: Schulte/Wenzel [Hrsg.], Was ist ein „philosophisches“ Problem?, 2001, S. 125) lässt sich die pragmatische Herangehensweise als Unterfall einer dialektischen Konzeption begreifen. Dialektische Lehren führen die philosophische Untersuchung auf etwas Vorgegebenes zurück, auf die Erfahrung der „Entzweiung“ (Hegel) oder des „Konflikts“ (Dewey), aus der das Bedürfnis nach Philosophie als dem Mittel ihrer Lösung entsteht.

⁴ Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, S. V ff.

liche Verkommenheit“ aufweise⁵ und eines gänzlichen Neuanfangs bedürfe.⁶ In jedem Fall aber steht am Anfang einer Theorie, sei sie klein oder groß, ein spezifisches Problem. Die Theorie fungiert sodann als eine Art von Medikament oder, wie William James sagt, als „Werkzeug“,⁷ mit dem der von einem Schwindelgefühl befallene Theoretiker diese Verunsicherung zu bannen versucht, und zwar dadurch, dass er das irritierende Phänomen in einen Deutungsrahmen einfügt, der diesem Phänomen in den Augen des Betroffenen seine Anstößigkeit nimmt.

Deshalb weisen Theorien zwar notwendig über das ihnen zugrunde liegende konkrete Problem hinaus; so ist aus Bindings Beunruhigung über die Fahrlässigkeitsdogmatik seiner Zeit das Monumentalwerk der „Normen“ entstanden. Das ändert aber nichts daran, dass sie, auf die Bewältigung *bestimmter* Probleme zugeschnitten, entgegen der Forderung Descartes' nicht an *allem*, sondern nur an *einigem* zweifeln.⁸ Dies ist nicht etwa kritikwürdig, sondern unvermeidlich.⁹ „Würde überhaupt nichts verstanden, so würde überhaupt nicht verstanden.“¹⁰ Nur wer etwas, ja das Meiste verstanden zu haben glaubt, kann nach der Bedeutung von etwas anderem fragen,¹¹ es also problematisieren. Ohne Kenntnis der von ihren Schöpfern als behandlungsbedürftig bewerteten Probleme lassen sich Theorien deshalb weder angemessen verstehen noch würdigen.¹²

II.

Von der Warte eines problembezogenen Ansatzes aus betrachtet bildet die Entwicklung der Allgemeinen Verbrechenslehre mitnichten jene kontinuierliche Fortschrittsgeschichte, als welche sie gewöhnlich dargestellt wird. Überspitzt erscheint zwar die These des englischen Ideenhistorikers Quentin Skinner, „dass es keine fest umrissene Idee gibt, zu der verschiedene Autoren beigetragen haben, sondern lediglich eine Vielzahl von Aussagen, die eine Vielzahl verschiedener Akteure mit einer Vielzahl von Absichten mit ebendiesen Worten gemacht haben“.¹³ Eine solche radi-

⁵ So *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 29 (bezogen auf die Situation im 18. Jahrhundert).

⁶ Über die Identitätskrise der Strafrechtslehre zu Beginn des 19. Jahrhunderts unterrichtet *Kesper-Biermann*, Einheit und Recht, 2009, S. 102 ff., 411 ff.

⁷ Vgl. *James* (Fn. 3), S. 33.

⁸ Auch der methodische Zweifel Descartes' zweifelt im Übrigen nicht wirklich an allem. „Er will nur herausfinden, woran man nicht zweifelt, um es zur Grundlage sicheren Wissens zu erheben.“ (*Simon* [Fn. 3], S. 173)

⁹ *Bachelard*, Die Bildung des wissenschaftlichen Geistes, 1978, S. 47.

¹⁰ *Simon* (Fn. 3), S. 51.

¹¹ *Simon* (Fn. 3), S. 51.

¹² Darauf haben in neuerer Zeit vor allem Quentin Skinner und seine Schüler hingewiesen; grundlegend *Skinner*, in: Mulsow/Mahler (Hrsg.), Die Cambridge School der politischen Ideengeschichte, 2010, S. 83.

¹³ *Skinner* (Fn. 12), S. 68.

kal-nominalistische Position stellt die Möglichkeit sachbezogener Diskussionen als solche in Abrede; mangels eines gemeinsamen Gegenstandes bliebe nur ein gleichsam impressionistisches Nebeneinander-her-Reden übrig.¹⁴ Nicht weniger kritikwürdig ist aber der unter Strafrechtlern bis heute verbreitete Glaube an eine von der konkreten Kommunikationspraxis abgelöste, zeitübergreifend identisch bleibende Bedeutungssubstanz bestimmter grundlegender Kategorien wie Strafe, Schuld und Unrecht. Das Fortbestehen bestimmter Begriffe gibt keinen verlässlichen Aufschluss über das Fortbestehen der Fragen, die diese Begriffe beantworten sollten.¹⁵ Missverständnisse, aber auch planmäßiger Missbrauch, das „Einfüllen neuen Sinns in alte Begriffe“¹⁶, sind (auch) in der strafrechtlichen Dogmengeschichte weitaus häufiger, als viele Strafrechtler es sich träumen lassen.¹⁷

Beispielsweise hat die heutige Garantenlehre ihre Wurzeln nicht etwa in der Frage nach der Begehungsgleichheit des Unterlassens, sondern in einer allgemeinen pflichten- und staatsrechtlichen Problematik: der Unterscheidung zwischen negativen und positiven Pflichten und der Frage, inwieweit letztere zum Gegenstand rechtlicher, zumal strafrechtlicher Regelungen gemacht werden dürfen. Erst eine von Feuerbach über Glaser und Binding bis zu Nagler reichende Sequenz von Missverständnissen und stillschweigenden Themenverschiebungen hat zu ihrer heutigen Verengung auf den Kreis der unechten Unterlassungsdelikte geführt.¹⁸ Auf einer erschlichenen Herkunftsgeschichte beruht auch die sogenannte „überindividuelle“ Notwehrbegründung. Berner, dem die Urheberchaft an dieser Lehre zugeschrieben wird, hat in Wahrheit eine in kantischer Tradition stehende personale Notwehrbegründung vorgetragen.¹⁹ Seinen Nachfolgern erschien die Verteidigung individueller Rechtspositionen aber nicht mehr erhaben genug, um die Legitimationslast des in Deutschland bekanntlich besonders scharf ausgestalteten Notwehrrechts zu tragen.²⁰ Deshalb lösten sie Berners Äußerungen aus ihrem Zusammenhang und stilisierten ihn zum Ahnherrn der von ihnen befürworteten Hypostasierung des Rechts zu einer eigenständigen Wesenheit von übergeordnetem Wert, deren Verteidigung auch sehr harte Maßnahmen rechtfertige.²¹ Ein besonders trübes Kapitel der strafrechtlichen Rezeptionsgeschichte bildet die Rechtsgutlehre. Entstanden im aufklä-

¹⁴ In diesem Sinne auch *Flasch*, *Theorie der Philosophiegeschichte*, 2005, S. 25; *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, 1993, S. 184.

¹⁵ *Skinner* (Fn. 12), S. 68.

¹⁶ *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 1, 1993, S. 47.

¹⁷ v. *Jhering* (*Der Zweck im Recht*, Bd. 2, 1905, S. 14) war sich dieses Umstandes noch voll bewusst: „In dasselbe sprachliche Gefäß schüttet die eine Zeit diesen, die andere jenen Inhalt, das Gefäß bleibt, der Inhalt verändert sich.“

¹⁸ Einzelheiten bei *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 162 ff.

¹⁹ *Pawlik*, *ZStW* 114 (2002), 292 f.

²⁰ Dagegen *Pawlik* (Fn. 18), S. 237 ff.

²¹ Aus dem neueren Schrifttum vgl. nur *Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1975, S. 340 f., der sogar für eine rein überindividualistische Notwehrbegründung plädiert; *Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 10, 16 ff.