

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 320

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

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

Von

**Anja Sollacher**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ANJA SOLLACHER

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

# Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

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

Herausgegeben von

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

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

und

Dr. Andreas Hoyer

ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

**Band 320**

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

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

Von

Anja Sollacher



Duncker & Humblot · Berlin

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

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

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

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

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meinen Eltern*



## Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Regensburg, im März 2024

*Anja Sollacher*

# Inhaltsübersicht

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



# Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

## A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Rousseau, Politische Ökonomie, S. 245.

an dieser Stelle zugrunde gelegt werden soll, „Gesamtheit wesentlicher Merkmale in einer gedanklichen Einheit; geistiger, abstrakter Gehalt von etwas“<sup>2,3</sup>. Dass es eine Setzung mit der amtlichen Überschrift „Beihilfe“ gibt, bedeutet damit nicht zwingend, dass das Gesetzte die Kriterien eines *Beihilfebegriffs* erfüllt. Eine bloße Aneinanderreihung von Wörtern führt nicht per se zur Vermittlung eines Begriffs.<sup>4</sup>

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

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

Zur rechtsetzenden Gewalt wird in beiden Fällen faktisch der das Urteil aussprechende Richter<sup>7</sup> oder aber, für den Fall des Absehens von weiterer strafrechtlicher Verfolgung, die das Verfahren einstellende Staatsanwaltschaft<sup>8</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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