ALBIN ESER

**Straffreistellungsgründe:
aus der Sicht des Bürgers als Normadressat**

ALBIN ESER

Straffreistellungsgründe: aus der Sicht des Bürgers als Normadressat

I.

Dieser Beitrag ist aus einem Korreferat entstanden, das auf einem Internationalen Kolloquium im Juli 2012 in Istanbul gehalten wurde¹. Ihn dem verehrten Jubilar zu seinem 70. Geburtstag zu widmen, erscheint mir vor allem aus zwei Gründen angebracht: zum einen in lebhafter Erinnerung an gemeinsame internationale Konferenzen wie vor wenigen Jahren eine in Istanbul, und zum anderen in dankbarem Erinnern an das langjährige Mitwirken von *Kristian Kühl* im Kuratorium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg. Seine gleichermaßen rechtsphilosophisch grundierte wie rechtsvergleichend orientierte Aufgeschlossenheit lässt mich hoffen, dass einige Betrachtungen zur Normadressierung an den Bürger sein Interesse finden.

Wenn ich mit dieser Thematisierung meinem ursprünglich vorgesehenen Korreferat zu „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen im deutschen und türkischen Strafrecht“ eine andere Wendung als zuvor beabsichtigt gegeben habe, so entsprang das zunächst einem spontanen Entschluss: Es erschien mir wenig sinnvoll, nur noch wiederholen zu müssen, was ich bereits auf einem vorangegangenen deutsch-türkischen Kolloquium zu dieser Thematik gesagt hatte². Letztlich aber entsprach dieser Themenwechsel einem schon seit längerem verspürten Unbehagen: nämlich dem Eindruck, dass man sich bei der traditionellen Strafrechtsvergleichen auf die Sichtweise möglicherweise unterschiedlicher Normadressaten einlässt. Gewiss kann sich ernst zu nehmende Strafrechtsvergleichen schon seit geraumer Zeit nicht mehr auf den bloßen Vergleich von Vorschriften beschränken, sondern hat auch deren gesellschaftlichen Zweck und rechtspraktische Umsetzung mit einzubeziehen. Doch wie einmal mehr auch in den Referaten und Diskussionen dieses Kolloquiums nicht zu verkennen war, sind es vornehmlich die Rechtslehre und die Rechtspraxis, aus deren Blickwinkeln Phänomene wie Recht-

¹ Die Beiträge dieses „Internationalen Kolloquiums zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht“ vom 25. bis 31. Juli 2012 in Gießen und Istanbul sind für die Veröffentlichung unter dem gleichen Titel wie dem des Kolloquiums zu erwarten: „Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung“, hrsg. von *Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner* (im Druck).

² *Eser*, Das Überschreiten der Grenzen von Rechtfertigungsgründen – Notwehrexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken, in: *Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner* (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, 2010, S. 247–259.

fertigungs- und Entschuldigungsgründe oder Straffreistellungen wie Irrtum oder Rücktritt beleuchtet werden. Demgegenüber wird so gut wie nie danach gefragt, welche Botschaft von den jeweiligen Regelungen und Interpretationen eigentlich an den Bürger ausgehen soll.

Diese Beobachtung gibt auch für die Strafrechtsvergleichen Anlass zu der Frage, aus welchem Blickwinkel eigentlich gleiche oder unterschiedliche Regelungen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen wie auch von Irrtum oder Rücktritt zu betrachten und zu vergleichen sind. Wenn beispielsweise bestimmte Rechtfertigungsgründe oder Irrtumsarten in verschiedenen Rechtsordnungen erfreulicherweise gleich- oder verwunderlicherweise verschiedenartig geregelt sind, so sagt das noch nichts Endgültiges über den gesamtstrafrechtlichen Wert einer Regelung aus. Denn selbst wenn die Regelungen verschiedener Rechtsordnungen für sich genommen gleich oder divergent, wenn nicht gar konträr erscheinen, kann der erste Eindruck trügen. Wenn etwa Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im einen Land eher eng gefasst werden oder dem Verbotsirrtum grundsätzlich die Anerkennung versagt bleibt, so kann daraus entstehenden Härten für den Täter dadurch abgeholfen werden, dass im Wege des Opportunitätsprinzips von Strafverfolgung abgesehen wird – ein bei streng gehandhabtem Legalitätsprinzip kaum gangbarer Weg. Oder wenn bei vorsätzlichem, aber immerhin fahrlässigem Überschreiten von Notwehrgrenzen die eine Rechtsordnung lediglich Strafmilderung einräumt, während die andere den Vorwurf vorsätzlicher Tatbegehung entfallen lässt, könnte das darauf beruhen, dass sich in der zweiten Variante der Täter immerhin noch wegen Fahrlässigkeit zur Verantwortung ziehen ließe, während es in der ersten Variante an einem solchen Fahrlässigkeitstatbestand fehlen könnte: Um für diesen Fall dem Täter seine Fahrlässigkeit nicht einfach durchgehen zu lassen, soll ihm die Unvorsätzlichkeit der Notwehrüberschreitung zwar keine volle Straffreiheit eröffnen, ihm aber wenigstens Strafmilderung vergönnt sein, mit der Folge, dass es für den Täter unterm Strich – nämlich auf der Strafzumessungsebene – letztlich auf dasselbe hinauslaufen könnte.³

Ob und inwieweit bei solchen Regelungen die eine oder die andere Lösung gewählt wird, könnte nicht zuletzt von dem Adressaten abhängen, an den eine bestimmte Norm gerichtet ist oder von dem sie praktisch anzuwenden ist. Ist etwa der Schuldspruch von einem reinen Geschworenengericht zu fällen, sind die anzuwendenden Normen holzschnittartiger zu fassen als bei einem professionellen Gericht: Diesem wird man ein höheres Maß an Differenziertheit – und vielleicht auch strafrechtstheoretischer Elaboriertheit – zutrauen können. Wenn sich beispielsweise das common law mit der Unterscheidung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen samt der zugrundeliegenden Stufung von Unrecht und Schuld bekanntlich schwer tut, um stattdessen in gleichgeordnetem Nebeneinanderstellen von „actus reus“ und „mens rea“ eher vordergründig nur zwischen objektiven und

³ Zu der nicht zuletzt von weltanschaulich-rechtspolitischen Vorverständnissen und Grundentscheidungen eines Landes abhängenden Art einer Regelung vgl. *Wörner*, Zur gesellschaftlichen Verankerung von Rechtsnormen – eine Untersuchung anhand des deutschen und türkischen Strafrechts und Strafprozessrechts, in: Gropp (Fn. 2), S. 489–526.

subjektiven Verbrechenselementen zu unterscheiden⁴, dann müssen dem zwangsläufig auch weitere strafrechtsdogmatische Differenzierungen zum Opfer fallen – was jedoch von der Rechtspraxis kaum als Mangel empfunden wird, solange die Strafrechtslehre ohnehin wenig Einfluss auf die Gestaltung des Strafrechts hat.

Ohne dies hier bewerten so wollen, führt es doch zu der weiteren Frage, auf wen die Normen des Strafrechts eigentlich auszurichten sind: Sollen sie dem Bürger als Verhaltensregeln dienen? Sollen sie den staatlichen Organen – und dabei insbesondere der Strafrechtspflege – Bewertungsmaßstäbe liefern und Behandlungsmöglichkeiten bieten? Sollen sie der Strafrechtswissenschaft ein Betätigungsfeld eröffnen? Und wenn allen diesen Adressaten – oder auch nur einigen von ihnen – Rechnung getragen werden soll, ist dies freiem Belieben zu überlassen oder in eine gewisse Rangordnung zu bringen?

Wer meint, dass dies doch eigentlich alles auf das Gleiche hinauslaufe, scheint auf den ersten Blick recht zu haben. Denn wenn in einem Straftatbestand das Töten eines Menschen verboten und für die Verletzung dieses Verbots eine bestimmte Strafe angedroht wird, dann kann darin sowohl der Bürger eine Verhaltensregel erblicken – nämlich nicht zu töten – als auch der Richter die Bewertung des verbotswidrigen Verhaltens als strafbar entnehmen und eine dementsprechende Strafbefugnis vorgegeben sehen; und auch der Rechtswissenschaft kann damit die strafrechtsdogmatische Einordnung und rechtspolitische Kritik eröffnet sein. Ähnlich kann aus der Kennzeichnung gebotener Notwehr als „nicht rechtswidrig“ sowohl der Bürger – jedenfalls mittelbar – entnehmen, dass er unter den gegebenen Umständen töten durfte, ebenso wie damit dem Richter – dies allerdings erst unter Einbeziehung ungeschriebener Folgeregelungen mangelnder Rechtswidrigkeit – bekundet wird, die Tötung nicht verwerfen und sanktionieren zu dürfen, während es der Strafrechtsdogmatik anheimgegeben bleibt, die gesetzliche Bewertung von Notwehr als „nicht rechtswidrig“ verbrechenssystematisch zu hinterfragen und einzuordnen.

Wie sich jedoch schon in dieser Beschreibung angedeutet findet, ist die Botschaft des jeweiligen Gesetzeswortlauts nicht für alle Adressaten gleichermaßen unmittelbar und eindeutig. Während beispielsweise beim Totschlagsverbot des § 212 des deutschen Strafgesetzbuchs (dStGB) – und entsprechendes hat für Art. 81 des türkischen Strafgesetzbuches (tStGB)⁵ zu gelten – eigentlich nur der Richter unmittelbar angesprochen wird, indem derjenige, der tötet, zu bestrafen ist, kann der Bürger daraus nur indirekt den Normbefehl entnehmen: „Du sollst nicht töten“. Oder wenn im Falle gebotener Notwehr Töten „nicht rechtswidrig“ sein soll (§ 32 dStGB), so wird damit in unmittelbarer Sicht eigentlich nur dem Richter ein Bewertungsmaßstab in die Hand gegeben, woraus er dann in Verbindung mit weiteren ungeschriebenen Regeln die Folgerung zu ziehen hat, dass eine Bestrafung nicht veranlasst ist. Erst auf noch weiter vermittelter Weise kann der Bürger aus dem „nicht rechtswidrig“ schlussfolgern, dass er im Falle von Notwehr töten durfte,

⁴ Vgl. A. Eser, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Bd. I, 1987, S. 17–65 (19 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3906.

⁵ In der deutschen Übersetzung von Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch (Stand 15.11.2008), 2008.

wobei ihn das Abheben der deutschen Fassung auf „gebotene“ Notwehr sogar glauben machen könnte, nicht nur töten zu dürfen, sondern sogar zu müssen⁶. Umgekehrt wird dem Bürger im türkischen Recht insofern noch weniger Klarheit geboten, als nach Art. 25 tStGB der Täter in Notwehr lediglich „nicht bestraft“ werden soll, mit der Folge, dass er im Unklaren darüber gelassen wird, ob er so handeln durfte, sein Verhalten also rechtmäßig und nicht nur entschuldigt ist. Wenn dies in § 32 dStGB im Sinne von Dürfen klargestellt ist, so kann sich davon auch die Strafrechtslehre angesprochen fühlen, indem ihrer dogmatischen Vorarbeit die Differenzierung zwischen „rechtmäßig“ einerseits und „rechtswidrig, aber entschuldigt“ anderseits zu verdanken ist.

Schon diese wenigen Beispiele lassen erkennen, dass die Adressaten strafrechtlicher Normen keineswegs so leicht zu identifizieren sind, wie dies gemeinhin angenommen oder jedenfalls nicht hinterfragt wird, ja dass sich vielleicht gerade diejenigen, die in erster Linie angesprochen werden sollten, übersehen fühlen könnten: nämlich die Bürger, für die das Strafgesetzbuch eigentlich eine verhaltensleitende Funktion haben sollte. Wenn demgegenüber die Straftatbestände so formuliert sind, dass bei Vorliegen eines bestimmten Verhaltens diese oder jene Rechtsfolge zu verhängen oder im Falle von Gegengründen davon abzusehen ist, so ist nicht zu verkennen, dass Hauptadressat des Strafgesetzbuchs offensichtlich nicht der Bürger, sondern dies der Rechtsstab in Gestalt der Strafrechtspflege ist.

Wie wäre es demgegenüber, wenn das Strafrecht so konzipiert und das Strafgesetzbuch dementsprechend formuliert wäre, dass der Bürger als Normadressat möglichst unmittelbar klar erkennen könnte, was er tun oder lassen darf oder umgekehrt sogar muss? Ein solcher Ansatz würde zunächst einmal voraussetzen, wie an anderer Stelle bereits näher dargetan⁷, die strafrechtliche Normen auf den ihnen jeweils zukommenden Regelungszweck und Aussagegehalt hin zu untersuchen und dementsprechend auszugestalten. Dabei werden sich im wesentlichen zwei Arten von Normen herauskristallisieren: Zum einen Normen, denen eine verhaltensleitende Funktion zukommen soll und die demzufolge sinnvollerweise – jedenfalls in erster Linie – auf den Bürger auszurichten sind und zweckgemäß eine klare Verhaltensbotschaft zum Ausdruck bringen sollten. Von diesen auf künftiges Verhalten abzielenden und dementsprechend zukunftsorientierten Verhaltensregeln sind zum anderen jene Normen zu unterscheiden, die sich lediglich mit der Bewertung und Behandlung von bereits geschehenem Verhalten zu befassen haben und dementsprechend als Behandlungsnormen auf den dafür zuständigen Rechtsstab ausgerichtet sind.

Gewiss mag die Unterscheidung zwischen den an den Bürger adressierten „Verhaltensregeln“ und den dem Rechtsstab zugedachten „Behandlungsnormen“ nicht immer einfach sein, können doch Verbote und Erlaubnisse sowohl eine verhaltens-

⁶ Wie dies in sozialistischen Strafrechtsordnungen in der Tat teils so verstanden wurde: vgl. *Spotowski*, Über die Rechtfertigungsgründe im polnischen Strafrecht, in: Eser/Flechter (Fn. 4), S. 549–572 (552 ff.).

⁷ Eser, Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, FS Theodor Lenckner, 1998, S. 25–54 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3390.

leitende Funktion haben als auch zur Bewertung und Behandlung dienen. Gleichwohl ist es nicht gleichgültig, welcher Funktion bei der Normgestaltung Vorrang eingeräumt wird. Soweit es um strafbegründende Normen geht, ist der verhaltensdeterminierenden Zielsetzung jedenfalls dann erste Priorität einzuräumen, wenn der dem „*nullum crimen sine lege*“-Grundsatz zugrunde liegende Zweck der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Strafrechts⁸ ernst genommen werden soll. Soweit es dagegen um Straffreistellungsgründe geht, ist gegenüber einer pauschalen Zuordnung zur einen oder anderen Normkategorie Vorsicht geboten. Während Rechtfertigungsgründe ihren Sinn gerade darin haben, dem Bürger an sich strafbares Verhalten zu erlauben, indem dieses als rechtmäßig anzusehen ist, wird ein derartiger verhaltensleitender Zweck bei Entschuldigungsgründen schwerlich zu erkennen sein – es sei denn, durch bloße Entschuldigung soll zugleich die Botschaft vermittelt werden, dass trotz Bestrafungsverzichts das Verhalten rechtswidrig bleibt und ihm ein „du sollst nicht“ entgegenzuhalten ist. Dieser Unterschied zwischen „nicht dürfen“ und gleichwohl entschuldigendes Verständnis zu finden setzt für den Bürger allerdings voraus, dass diese unterschiedliche Wertigkeit von der Rechtswissenschaft in nachvollziehbarer Weise aufbereitet und von der Rechtspraxis in verständlicher Weise vermittelt wird. Daraus wird zudem erkennbar, dass die Entschuldigungsgründe mehr den „Behandlungsnormen“ zuzurechnen sind: Sie sollen dem Rechtsstab – und dabei insbesondere dem Richter – zeigen, wie mit rechtswidrigem, aber gleichwohl entschuldbarem Verhalten umzugehen ist⁹.

Welche geringe Beachtung die Verschiedenartigkeit dieser Normen und ihre auf den jeweiligen Adressatenkreis auszurichtende Gestaltung im traditionellen Strafrecht findet, ist nicht zuletzt an der Strafrechtslehre abzulesen. Ohne Blick dafür, welche Verhaltensbotschaft dem Bürger zu vermitteln ist, scheint sie in erster Linie an Theorie- und Systembildung interessiert zu sein, wobei vornehmlich an Zurechnungs- und Behandlungsnormen für den Rechtsstab gedacht wird.

Demgegenüber sei nachfolgend versucht, einige der Straffreistellungsgründe, die in den Referaten des eingangs genannten Kolloquiums zur Sprache kamen, auf ihren Aussagegehalt hin zu untersuchen, und zwar vor allem im Hinblick darauf, wie sie zu gestalten wären, wenn sie als Verhaltensregeln an den Bürger adressiert sein sollen.

II.

Um mit einem „klassischen“ Rechtfertigungsgrund wie dem der Notwehr zu beginnen, vermittelt die bereits erwähnte Kennzeichnung als „nicht rechtswidrig“ (wie in § 32 dStGB) lediglich eine Bewertung, die seitens des Gesetzesgebers – jedenfalls auf den ersten Blick – allein an die Justizorgane gerichtet erscheint. Und selbst an einer derart klaren Bewertung fehlt es, wenn im Falle von Notwehr lediglich „eine strafbare Handlung nicht vorhanden“ sein soll (wie nach der Vorgängerausfassung des § 53 dStGB von 1871) oder der Täter „nicht zu bestrafen“ sei (wie

⁸ Vgl. BVerfGE 85, 73; 87, 224; 92, 12.

⁹ Näher dazu Eser, FS Lenckner (Fn. 7), S. 42 ff., 50 ff.

nach dem derzeitigem türkischen und beispielsweise auch finnischen Recht)¹⁰. Denn während bei bloßem Wegfall der Strafbarkeit der Handlung der in Notwehr Tötende im Unklaren darüber gelassen wird, ob er erlaubter Weise so handeln durfte (oder im allgemeinen Rechtsbewährungsinteresse vielleicht sogar musste¹¹) oder ihm für sein gleichwohl missbilligenswertes Verhalten lediglich gnädige Nachsicht gewährt wird, kann sich bei bloßem Nichtbestrafen der Notwehr der Täter nicht einmal sicher sein, keine strafbare Handlung begangen zu haben, ließe sich der Wortlaut des Gesetzes doch als bloßer Sanktionsverzicht verstehen, ohne damit zugleich auch die Strafbarkeit der Handlung aufzuheben.

Ist demgegenüber Notwehr als Rechtfertigungsgrund zu begreifen und soll dies auch für den Bürger als Normadressaten klar verständlich sein, müsste die Verhaltensregel etwa so lauten: „Es ist erlaubt zu töten, zu verletzen (oder ein sonstiges Verbot zu übertreten), wenn und soweit dies erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst ohne oder einen anderen (in nicht unverhältnismäßiger Weise¹²) abzuwehren“. Oder in kürzest möglicher Form ausgedrückt: „Du darfst töten, um dich mit verhältnismäßigen Mitteln zu verteidigen“.

Soll Notwehr nicht nur zur Verteidigung befugt, sondern in Form von Nothilfe zugunsten von Gemeinwohlinteressen sogar geboten sein, ginge es aus der Sicht des Bürgers nicht nur um ein Dürfen, sondern um ein Sollen, wenn nicht sogar um ein Müssen, was dann dementsprechend auch in der Verhaltensregel zum Ausdruck zu bringen wäre.

Auch die derzeitige Regelung des rechtfertigender Notstandes (§ 34 dStGB), indem dieser als „nicht rechtswidrig“ bezeichnet wird, ist primär an den Rechtsstab gerichtet. Soll sie dem Bürger als Verhaltensregel dienen, müsste sie etwa lauten: Im Sinne von „du darfst“ ist es bei einer nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder einem anderen Rechtsgut erlaubt, ein wesentlich weniger gewichtiges Interesse zu verletzen, soweit das mit angemessenen Mitteln geschieht. Damit würde sowohl das Erfordernis einer Abwägung des zu rettenden gegenüber dem zu opfernden Gut wie auch die Angemessenheit des dabei zu beachtenden Vorgehens in nachvollziehbarer Weise zum Ausdruck gebracht.

Sollen in diesem Sinne Rechtfertigungsgründe (auch) auf die Vermittlung sozialer Ordnungsprinzipien hinwirken¹³, sind sie als Verhaltensregeln für den Bürger zu

¹⁰ So in dem bereits erwähnten Art. 25 tStGB (vgl. *Wörner* (Fn. 3), S. 504 ff.) oder in gleichem Sinne das neue finnische StGB im 3. Kapitel § 3 (vgl. *Eser*, Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs, in: *Lahti* (ed.), *Criminal Law Theory in Transition: Finnish and comparative perspectives*, 1992, S. 301–317 (301) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3383).

¹¹ Vgl. oben zu Fn. 6.

¹² Dieser Zusatz wäre dann angebracht, wenn man den dem gegenwärtigen deutschen Recht unterliegenden schneidigen Satz „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ durch eine Verhältnismäßigkeitsklausel (wie in manchen Auslandsrechten üblich) auf ein sozialverträgliches Maß zurückschneiden würde; vgl. *Eser*, in: *Eser/Fletcher* (Fn. 4), S. 52 ff., aber auch *Kühl*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, S. 200 f., *Schönke/Schröder/Perron*, 28. Aufl. 2010, StGB § 32 Rn. 46.

¹³ Wie namentlich betont von *Roxin*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in: *Eser/Fletcher* (Fn. 4), S. 229–262 (234). Vgl. auch *Eser*, FS *Lenckner* (Fn. 7), S. 48 und in: *Gropp* (Fn. 2), S. 255 f. sowie *Wörner* (Fn. 3), S. 506 f.

verstehen. Dementsprechend ist auch ihre Formulierung auf den Empfängerhorizont des Bürgers als Normadressat auszurichten. Das muss auch keineswegs Einbußen für die Bewertungsfunktion des Gerichts zur Folge haben; denn soweit der Bürger zu an sich verbotenen Tun nicht berechtigt ist, ist sein Verhalten als rechtswidrig zu betrachten und – unter Beachtung etwaiger weiterer Verbrechenselemente – zu bestrafen. Solange es hingegen an einer klaren Ausgestaltung als Verhaltensregel fehlt, wird der Bürger über die Qualität seines Tuns als rechtmäßig oder missbilligenswert im Ungewissen gelassen. Das aber ist gerade für das Sozialverhalten des rechtsloyalen Bürgers eine rechtsstaatlich schwer erträgliche Zumutung: Dieser Bürger wünscht und ist auch berechtigt zu wissen, was Recht und was Unrecht ist. Wenn er einer Tätigkeit nachgeht, die an sich einen Straftatbestand erfüllt, aber wegen eines Straffreistellungsgrundes dennoch nicht strafbar ist, so müsste und sollte er wissen, ob es sich dabei lediglich um eine Entschuldigung handelt: mit der Folge, dass er sich damit außerhalb des Erlaubten bewegt, oder ob sein Handeln gerechtfertigt ist: und er sich damit noch innerhalb der Grenzen des Erlaubten hält¹⁴.

Wenn diese Klarheit dem Bürger überall dort vorenthalten wird, wo Handeln in Notwehr oder Notstand lediglich als „nicht strafbar“ bezeichnet wird¹⁵ oder bei einem „nicht strafflos“ bleibenden Notstand unter bestimmten Umständen dennoch die „strafrechtliche Verantwortlichkeit“ soll entfallen können¹⁶, dann könnte dieser Grauschleier mehrere Gründe haben. Noch am ehesten zu verstehen wäre der, dass der Gesetzgeber selbst nicht weiß, wo er eine klare Grenze zwischen Recht und Unrecht ziehen soll. Schon weniger fair wäre es, diese rechtspolitische Unsicherheit einfach auf dem Rücken des Bürgers auszutragen, indem man die Bewertung letztlich dem Richter überlässt, damit aber den Bürger einem strafrechtlichen Verurteilungsrisiko aussetzt. Noch schwerer erträglich wäre es, wenn man den Bürger gar über sein rechtmäßiges Verhalten im Unklaren ließe, um ihn durch Aufrechterhaltung von Zweifeln und Schuldgefühlen ja nicht vom sicheren Pfad der Tugend abweichen zu lassen. Besonders schlimm und rechtsstaatlich bedenklich wäre es natürlich, wenn durch Verzicht auf klare Verhaltensregeln der Bürger bewusst dem Beurteilungsermessen des Staates ausgeliefert bleiben soll.

Dies ist selbst dort zu vermeiden, wo Straffreistellungsgründe weniger den Charakter von Verhaltensregeln haben als vielmehr für den Richter als Behandlungsnormen dienen sollen: nämlich in der Weise, dass einerseits der Täter die Straffreistellung nicht als Billigung seines rechtswidrigen Verhaltens missverstehen darf und andererseits dem Richter vorgegeben wird, wie er mit diesem Verhalten umzugehen hat. Das setzt auf Seiten des Rechtsverletzers voraus, dass ihm die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst bleibt, die Straffreistellung also weder als Anleitung zu derartigem Verhalten noch als dessen Billigung zu verstehen ist, auch wenn

¹⁴ Zu der für das berufsethische Selbstverständnis des Arztes problematischen Unsicherheit, die das Urteil des Bundesverfassungsgerichts für die Charakterisierung des innerhalb von drei Monaten nach Beratung durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs als „straffrei, aber rechtswidrig“ gebracht hat, vgl. *Eser*, in: *Lahti* (Fn. 10), S. 305 f.

¹⁵ Wie früher üblich und jetzt auch noch in Art. 25 tStGB vorzufinden.

¹⁶ Wie nach 3. Kap. § 5 finnStGB.

er gleichwohl mit entschuldigendem Verständnis rechnen oder aus sonstigen Gründen von Bestrafung verschont bleiben kann. Für den Richter bedeutet es, dass die Straffreistellung von rechtswidrigem Verhalten nicht in seinem freien Ermessen stehen darf, sondern an Voraussetzungen unterschiedlicher Art gebunden ist.

Ist in diesem Sinne danach zu fragen, wie Entschuldigungsgründe zu formulieren sind, wenn sie dem Bürger vermitteln sollen, was von ihm an sich erwartet wird, falls er nicht nur straflos bleiben, sondern sich rechtmäßig verhalten will, so wird ihm mit der gegenwärtigen Regelung des Notwehrexzesses in § 33 dStGB keine volle Klarheit verschafft. Zwar wird dadurch, dass er bei Überschreiten der Grenzen der Notwehr im Falle von Verwirrung, Furcht oder Schrecken mit Strafflosigkeit rechnen darf, kundgetan, dass er bei Notwehrüberschreitung aus sthenischen Affekten wie Hass, Zorn oder Empörung strafbar bleibt. Dass aber selbst bei den als schuldausschließend verstandenen asthenischen Affekten wie Verwirrung Furcht oder Schrecken seine Notwehrüberschreitung rechtswidrig bleibt, wird ihm vom Gesetz nicht vermittelt. Insofern mag die Privilegierung asthenisch bedingter Notwehrexzesse als „nicht strafbar“ zwar für den Richter als Behandlungsnorm genügen, als Verhaltensregel für den Bürger hingegen vermag sie nicht zu taugen, bleibt diesem doch verborgen, dass er, wenn er nicht nur straffrei ausgehen, sondern wirklich rechtsloyal handeln will, nicht einmal aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken die Grenzen zulässiger Notwehr überschreiten sollte.

Wenn auch keine volle, so doch immerhin ein Mehr an Klarheit bietet insofern die türkische Fassung des Notwehrexzesses. Zwar wird auch nach Art. 27 Abs. 2 tStGB das Überschreiten der Grenzen der Notwehr infolge von Erregung, Furcht oder Schrecken „nicht bestraft“, dies jedoch nur unter der einschränkenden Voraussetzung, dass es in „entschuldbarer“ Erregung geschieht.¹⁷ Insofern wird dem Bürger immerhin signalisiert, dass Erregung, Furcht oder Schrecken nicht schon als solche, sondern nur bei Entschuldbarkeit zu Straffreiheit führen. Dass dies jedoch nicht im Sinne von „Dürfen“ misszuverstehen ist, lässt sich im Grunde nur mit dem juristischen Vorverständnis erschließen, dass Entschuldigung die Rechtswidrigkeit unberührt lässt und dementsprechend Notwehrexzess selbst bei asthenischen Affekten nicht gerechtfertigt, sondern allenfalls entschuldigt sein soll und somit allein den Richter zum Freispruch ermächtigt. Damit aus einem derart begründeten Freispruch jedoch keinesfalls eine Billigung des Notwehrexzesses herauszulesen ist, wäre als Verhaltensregeln zum Ausdruck zu bringen, dass selbst Verwirrung, Furcht oder Erregung nicht zur Notwehrüberschreitung berechtigen und deshalb von einem rechtsloyalen Bürger tunlichst zu unterdrücken sind.

Mit gewissen Varianten würde Entsprechendes auch für den entschuldigenden Notstand nach § 35 dStGB zu gelten haben. Danach „handelt ohne Schuld“, „wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehende Person abzuwenden“. Zwar ist hier die lediglich entschuldigende Wirkung der Notstandshandlung ausdrücklich hervorgehoben; auch klingt durch Bezugnahme der Entschuldigung auf eine rechtswidrige

¹⁷ Vgl. Eser, in: Gropp (Fn. 2), S. 250, 258, Wörner (Fn. 3), S. 506 f.

Tat der Unterschied zu voller Rechtfertigung an. Um jedoch volle Klarheit darüber zu gewinnen, was der Bürger im Falle eines Notstands tun darf, wenn er nicht als lediglich entschuldigt strafflos bleiben will, wäre die für ihn verbindliche Verhaltensregel aus einer Verbindung von § 35 mit § 34 dStGB zu gewinnen und in folgendem Sinne zu fassen: „Selbst zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr von dir oder einer nahestehenden Person darfst du dafür nicht wesentlich höherwertige Interessen opfern. Tust du dies zur Rettung von Leben, Leib oder Freiheit, so ist zwar keine rechtliche Billigung, aber immerhin strafbefreiende Entschuldigung zu erwarten. Doch auch dies bleibt dir verwehrt, wenn du die abzuwendende Gefahr selbst verschuldet hast oder du dir aus einem besonderen Rechtsgrund die Hinnahme der Gefahr zumuten lassen musst.“ Soweit dieser Entschuldigungsausschluss durch ein Strafmilderungsermessen abgeschwächt wird (§ 35 Abs. 1 letzter Hs. dStGB), handelt es sich schon nicht mehr um eine Verhaltensregel für den Bürger, sondern um eine Behandlungsnorm für den Richter.

III.

Auch im Bereich des Irrtums wäre es des Überdenkens wert, inwieweit es sich dabei um Verhaltensregeln handelt, die vom Bürger zu beachten sind und ihm dementsprechend verständlich sein müssen, oder inwieweit es dabei lediglich um Behandlungsnormen für den Rechtsstab geht.

Letzteres wird wohl nur für den Verbotsirrtum (§ 17 dStGB bzw. Art. 30 Abs. 4 tSrGB¹⁸) anzunehmen sein.¹⁹ Denn die Vorstellung einer Verhaltensregel, die es erlauben würde, über die Existenz oder den Umfang von Geboten und Verboten zu irren, wäre paradox. Deshalb kann der im Verbotsirrtum Handelnde keine Billigung seiner Tat als rechters, sondern allenfalls nachsichtige Behandlung für sein mentales Defizit erwarten. Indem jedoch strafbefreiende Entschuldigung nur bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums eingeräumt wird, lässt sich daraus zumindest insoweit eine Verhaltensregel für den Bürger entnehmen, als er sich bei einer strafrechtlich zweifelhaften Aktivität über die Rechtmäßigkeit seines Tuns und Unterlassens sachkundig vergewissern muss.

Nicht ganz einfach liegen die Dinge beim Erlaubnistatbestandsirrtum²⁰; denn wie bereits an anderer Stelle näher dargetan²¹, besteht bei dieser Irrtumsart die Gefahr, dass im Streit um den „richtigen“ Verbrechensaufbau der Blick für die Verhaltensbotschaft einer bestimmten Konstruktion verloren geht.

¹⁸ Zu diesem vgl. *Eser*, in: Gropp (Fn. 2), S. 250 f., 258 f.

¹⁹ Allgemein zu Irrtümern im deutsch-türkischen Vergleich vgl. *Hoffmanns*, Der Tatumstandsirrtum im deutschen und türkischen Strafrecht, in: Gropp (Fn. 2), S. 277–301; *Wörner* (Fn. 3), S. 508 f. sowie Haupt- und Korreferat zu „Der Irrtum im türkischen Strafrecht“ von *Erman* und *Kudlich*, in: Hilgendorf/Ünver (Hrsg.), Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich, 2011, S. 180–193 bzw. 195–202.

²⁰ Näher zu dessen unterschiedlicher Behandlung im deutschen Recht vgl. *Kühl* (Fn. 12), S. 461 ff.; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 16 Rn. 14 ff. bzw. auch zum türkischen Recht *Hoffmanns* (Fn. 19), S. 293 ff., 299 f. sowie *Wörner* (Fn. 3), S. 508 f.

²¹ Vgl. *Eser*, FS Lenckner (Fn. 7), S. 50 ff.

Um dies an einem Fall von Putativnotwehr zu demonstrieren²², in dem sich jemand durch eine entgegenstreckte Hand, in der er ein Messer verborgen vermutet, irrtümlich angegriffen wähnt und dem möglicherweise tödlichen Stich durch einen schnellen Schuss meint zuvorkommen zu müssen: Lässt man bei einer solchen irrigen Annahme eines rechtswidrigen Angriffs den Vorsatz in der Weise entfallen, dass damit auch die Rechtswidrigkeit in Wegfall kommt, so würde die Verhaltensregel dahin gehen: „Du darfst töten, wenn du glaubst, rechtswidrig angegriffen zu sein“. Wäre dagegen bei Erlaubnissachverhaltsirrtum nur ein Entschuldigungsgrund einzuräumen, müsste die Verhaltensregel lauten: „Du darfst nur töten, wenn du nachweislich sicher sein kannst, einem rechtswidrigen Angriff ausgesetzt zu sein.“ Lässt man des weiteren mit einer vermittelnden Lösung zwar die Rechtswidrigkeit vorsätzlichen Handelns entfallen, bei sorgfaltswidriger Verkenntung der Situation aber immer noch Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung zum Zuge kommen, so kann die Verhaltensregel allenfalls lauten: „Du darfst nicht sorgfaltswidrig eine Notwehrlage annehmen“. Was jedoch bei dieser differenzierenden Lösung in verhaltensleitender Hinsicht wenig befriedigt, ist die Aufspaltung in zwei verschiedene – nämlich vorsatz- bzw. fahrlässigkeitsrelevante – „Einzelstaten“. Diesem Bedenken könnte man dadurch Rechnung tragen, dass Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte von vornherein nicht als zwei völlig verschiedene Deliktstypen begriffen werden, sondern die übergreifende Verhaltensregel in etwa dahin gehen muss: „Du darfst nicht willentlich oder sorgfaltswidrig ein Gebot oder Verbot verletzen“, beziehungsweise – im Hinblick auf Irrtum – „Du darfst weder bewusst noch unverständlicherweise einen Rechtfertigungsgrund annehmen“. In diesem Sinne dürfte übrigens die vor allem im Common law vorzufindende Regelung zu verstehen sein, dass die Putativnotwehr im Falle eines „reasonable belief“ der objektiven Notwehr gleichgestellt wird²³.

Einer eingehenderen Betrachtung wert als hier möglich wäre die umgekehrte Irrtumssituation, nämlich dass im vorgenannten Beispiel der Täter verkennt, dass der ihm Entgegenkommende tatsächlich ein einsatzbereites Messer in der Hand verbirgt, er die vermeintliche Begrüßungsgeste jedoch seinerseits zum Erschießen des verhassten Gegenübers ausnutzt. Diese üblicherweise als Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements – hier des für Notwehr erforderlichen Verteidigungswillens – abgehandelte Konstellation²⁴ ist geradezu ein Paradebeispiel dafür, wie einseitig traditionellerweise der Blick auf die verbrechensdogmatische Bewertung und Einordnung fixiert ist und dabei außer Betracht bleibt, was sich aus den jeweiligen Positionen als Verhaltensregel für den Bürger ergeben könnte. Käme es für die Rechtfertigung etwa allein darauf an, dass durch die Erschießung ein objektiv vorliegender Angriff abgewehrt wird und dadurch der Erfolgsunwert entfällt, könnte sich daraus eine geradezu wildwest-ähnliche Verhaltensregel ergeben: „Nutze die Chance, einen Gegner zu beseitigen. Falls er seinerseits bereits auf dich angelegt

²² Näher zu deren unterschiedlicher Behandlung im deutschen Strafrecht vgl. Schönke/Schröder/Perron (Fn. 12), § 32 Rn. 65 mit weiteren Nachweisen.

²³ Vgl. Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, 1997, S. 95 ff.

²⁴ Vgl. Eser, in: Groppe (Fn. 2), S. 250, 258; Kühl (Fn. 12), S. 127 ff.; Schönke/Schröder/Perron (Fn. 12), § 32 Rn. 63 mwN.

hatte, bist du salviert. Du brauchst also lediglich eine mögliche Fehlannahme zu riskieren“. Soll dagegen für eine Rechtfertigung auch der Handlungsunwert eine Rolle spielen, wie er bei mangelndem Verteidigungswillen gegeben wäre, ergibt sich daraus eine andere Verhaltensregel für den Bürger: „Willst du rechtsloyal handeln, musst du dich gegen einen (tatsächlichen oder vermeintlichen) rechtswidrigen Angriff verteidigen wollen“. Falls es an einer solchen Verteidigungsabsicht fehlt, geht es bei den daraus zu ziehenden strafrechtlichen Konsequenzen – nämlich ob Vollendungs- oder nur Versuchsstrafe – schon nicht mehr um die Verhaltensregel für den Bürger, sondern um die Behandlungsnorm für den Richter.

Wenn vorangehend die Verhaltensregel jeweils aus der verbrechensdogmatischen Rolle von Erfolgs- und Handlungsunwert abgeleitet wurde, so ist dies allerdings nur zwecks Demonstration der beiderseitigen Wechselbezüglichkeit geschehen, nicht aber als scheinbar wünschenswerte Abhängigkeit der Verhaltensregel von der verbrechensdogmatischen Konstruktion zu verstehen. Ganz im Gegenteil sollte die Frage nach der dem Bürger vorzugebenden Verhaltensregel jeweils am Anfang stehen, um erst daraus die verbrechensdogmatischen Konsequenzen zu ziehen und die Behandlungsnormen für den Rechtsstab zu entwickeln. Kurzum: Statt in verbrechensdogmatischen Grabenkämpfen den Bürger als den eigentlichen Normadressaten aus dem Auge zu verlieren, wäre vorab jeder theoretischen Fixierung zunächst einmal zu fragen, was als Verhaltensregeln für den Bürger erforderlich und tauglich ist. Erst dann kann man über eine theoretisch konsistente Fundierung des erstrebten Regelungsziels trefflich streiten.

IV

Ähnlich wäre auch beim Rücktritt vom Versuch zu verfahren. Auch beim unendlichen Streit um die verschiedenen Rücktrittsformen und deren jeweilige Voraussetzungen²⁵ kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass kaum einmal danach gefragt wird, welche Verhaltensbotschaft eigentlich von den verschiedenen Rücktrittstheorien an den Bürger ausgeht.

Ohne dies hier in voller Breite entfalten zu können, mag an einigen Beispielen gezeigt sein, wie manche Rücktrittsaspekte in neuem Licht erscheinen, wenn man sie auf ihren Aussagegehalt als Verhaltensregel für den Bürger oder als Behandlungsnorm für den Rechtsstab hin untersucht. Geht man davon aus, dass für den Bereich der Tötungsdelikte die Grundregel lautet: „Du sollst nicht töten“, könnte man geneigt sein, aus der Strafbarkeit des Versuchs die Verhaltensregel zu entnehmen: „Du sollst nicht einmal versuchen zu töten“. Dieser naheliegenden Schlussfolgerung steht jedoch die Möglichkeit des Rücktritts entgegen; denn damit scheint dem Bürger signalisiert zu werden, dass er es durchaus auf einen Versuch ankommen lassen kann, solange er sich eine Rückzugsmöglichkeit offen hält. Auch wenn die Rücktrittstheorie der „goldenen Brücke“ gewiss nicht zu einem solchen Ver-

²⁵ Statt vieler vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder/*Eser* (Fn. 12), § 24 Rn. 1 ff.; ferner *Kühl* (Fn. 12), S. 530 ff.

halten verleiten möchte, könnte sie doch diesen Effekt haben; denn wenn im Sinne dieser Theorie der Versuchstäter in erster Linie dazu motiviert werden soll, von der Tatvollendung schließlich doch abzulassen und ihm deshalb so weit und solange wie möglich Straffreiheit in Aussicht zu stellen sei, wird schwerlich dem sozialpsychologisch kontraproduktiven Nebeneffekt zu entgehen sein, dass der Versuchstäter meint, nicht nur einen Versuch wagen, sondern sich damit auch solange aufhalten zu können, als ihm ein letztes Schlupfloch bleibt.

Soll dagegen bereits der Versuchung zum Versuch entgegengewirkt werden, dann wären die Rücktrittsregeln eher im Sinne der „Strafzweck“- und „Indiztheorie“ zu verstehen, indem die Strafbefreiung von der Beseitigung des rechtserschütternden Eindrucks und dem Wegfall eines weiteren Sanktionsbedürfnisses abhängig gemacht wird. Auf den ersten Blick scheint damit die Straffreistellung bei Rücktritt zu einer reinen Behandlungsnorm zu werden, indem es dem Urteil des Richters überlassen bleibt, wann er ein Sanktionsbedürfnis entfallen sieht. Sofern diese Feststellung jedoch von bestimmten Kriterien abhängig gemacht wird und diese dem Versuchstäter bekannt sein können, kann davon durchaus auch eine verhaltensleitende Wirkung ausgehen. Wenn beispielsweise im Sinne des heute vorherrschenden „Rücktrittshorizonts“²⁶ der Versuchstäter damit rechnen kann, von Bestrafung verschont zu bleiben, solange ihm – nach wie viel Fehlversuchen auch immer – noch eine andere Vollendungsvariante zur Verfügung stünde, könnte er daraus als Verhaltensregel ablesen: „Du darfst zu töten versuchen, solange du dir eine Vollendungsalternative offen hältst, von der du noch ablassen könntest“.

Wem solche Täterfreundlichkeit zu weit geht und wer demgegenüber (in dem von mir vertretenen Sinne) auf den aus Tätersicht im „Ausführungshorizont“ zu beurteilenden Erfolgseignungsgrad des Einzelaktes abhebt²⁷, kann zu anderen Verhaltensregeln kommen. Folgt man dazu – im Blick auf die dabei ansteigende Gefährlichkeit – der Dreiteilung von unbeendetem, beendetem und fehlgeschlagenem Versuch, muss sich ersterenfalls der Versuchstäter sagen lassen: „Bloßes Aufgeben deines Tatentschlusses bewahrt dich nur solange vor Strafe, als du noch nicht alles für die Erfolgsherbeiführung Geeignete getan hast“. Hat er diese Grenze zum beendeten Versuch überschritten, wird von ihm mehr als bloßes Aufhören erwartet: „Erscheint dir dein Handeln bereits geeignet, dass ohne weiteres der tödliche Erfolg eintreten könnte, dann musst du aktiv tätig werden, um den Erfolgseintritt zu verhindern. Um dir diese Möglichkeit offen zu halten und den Erfolgseintritt notfalls noch durch einen Gegenakt aufhalten zu können, darfst du den Versuchsablauf nicht völlig aus der Hand geben“. Für den Fall des „fehlgeschlagenen Versuchs“, von dem strafbefreiender Rücktritt nicht mehr möglich ist, muss sich der Versuchstäter darüber klar sein: „Wenn du bei Ausführung deines Tatentschlusses alles auf eine Karte setzt, indem du Handlungen vornimmst, die dir zur Erfolgsherbeiführung geeignet und in ihren Auswirkungen nicht mehr beherrschbar erscheinen,

²⁶ Neuestens dazu vgl. *Kühl* (Fn. 12), S. 512 ff. sowie rechtsvergleichend *Wörner*, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont – eine Rechtsprechungsanalyse, in: *Gropp* (Fn. 2), S. 321–334 sowie S. 510 ff.

²⁷ Näher *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 12), § 24 Rn. 21.

kannst du im Falle eines Fehlschlags nicht mit Straffreistellung rechnen. Deshalb musst du dein Handeln stets unter Kontrolle halten.“.

Ohne diese Unterschiedlichkeit von Verhaltensregeln nach allen Varianten der verschiedenen Rücktrittsmodalitäten durchspielen zu müssen, dürfte bereits eines klar geworden sein: dass es nicht genügt, rechtspolitische Zielsetzungen festzulegen und feinsinnige Theoriegebäude zu entwerfen, ohne sich dabei zu fragen, welche Verhaltensbotschaft davon jeweils für den Bürger als Normadressaten ausgeht: ob sie für ihn verständlich und auch nachvollziehbar ist. Schon dies in einfachen Verhaltensregeln auszudrücken – wobei das zu tun keineswegs einfach ist –, könnte auch vor manchen dogmatischen Verstiegheiten bewahren, wie sie in kaum noch überschaubarer Weise grassieren.

V.

Was vorangehend nur skizzenhaft und exemplarisch anhand von Notwehr und Notstand sowie von Irrtum und Rücktritt aufgezeigt werden konnte, könnte auch für sonstige Straffreistellungsgründe erhellend sein. Nicht zuletzt wäre die Ausrichtung auf die an den Bürger als Normadressaten zu stellenden Erwartungen auch rechtsvergleichend nutzbar zu machen: indem man sich nicht mit dem Vergleich von Vorschriften und Theorien begnügt, sondern immer auch danach fragt, welche Verhaltensbotschaft davon an den Bürger ausgehen soll und was dementsprechend von ihm zu erwarten ist.