

LARS BERSTER

# Verhaltensnorm und Zeit

*Jus Poenale*

22

---

**Mohr Siebeck**

# JUS POENALE

Beiträge zum Strafrecht

Band 22





Lars Berster

# Verhaltensnorm und Zeit

Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung

Mohr Siebeck

*Lars Berster*, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaft in Passau, Münster und Liège; Rechtsreferendariat am Landgericht Dortmund; Promotion (LMU München); Richterdienst im Land Hessen (Landgericht Kassel); Akademischer Rat a.Z. an der Universität zu Köln; Habilitation (Köln); Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Freiburg, Passau und Köln; derzeit Doppelvertretung der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bonn und der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster-Hiltrup.

ISBN 978-3-16-161711-9 / eISBN 978-3-16-161890-1  
DOI 10.1628/978-3-16-161890-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Für Maryam*



## Vorbemerkung

„In den Wissenschaften will Jeder, um sich geltend zu machen, etwas Neues zu Markte bringen: dies besteht oft bloß darin, dass er das bisher geltende Richtige umstößt, um seine Flausen an die Stelle zu setzen: bisweilen gelingt es auf kurze Zeit, und dann kehrt man zum alten Richtigen zurück.“

*Arthur Schopenhauer*<sup>1</sup>

*Kant* irrte, als er der Zeit allein die Rolle einer apriorischen Anschauungsform zuwies und von ihr nicht auch als Ding in der Erscheinung handelte. Denn zu den Paradoxien der Zeit zählt, dass sie umso schwerer lastet, desto weniger von ihr zur Verfügung steht, und in diesem Sinne wurde sie mir im Schreibverlauf zu einem zunehmend sinnlich erfahrbaren Begleiter. Das Thema dieser Arbeit war nicht die erste Wahl, sondern entsprang aus der Verlegenheit, mein ursprüngliches Habilitationsprojekt zur Geschichte und Dogmatik der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung nach der Veröffentlichung des – nicht nur dem Umfang nach! – großen Werks von *Martin Asholt*<sup>2</sup> abbrechen zu müssen. Im Nachhinein darf ich sagen, für die Einsichten außerordentlich dankbar zu sein, die mir diese zunächst nicht ganz freiwillige Reise ermöglicht hat. Vielen Begleitern auf diesem Weg schulde ich besonderen Dank, allen voran dem Erstgutachter dieser Schrift, meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. *Claus Kreß*, LL.M., dem ich wissenschaftlich wie menschlich weit mehr verdanke, als sich in dürren Worten je wiedergeben ließe, sowie der Zweitgutachterin Prof. Dr. Dr. *Frauکه Rosalski*. Tiefer Dank gilt zudem meiner Frau und Herzensfreundin *Maryam*, meinen Eltern und Geschwistern, meinen lieben „Triumvirats“-Kollegen *Björn Schiffbauer* und *Nikolaos Gazeas*, sowie *Nino Burdiladze*, *Anan Alsheikh Haidar*, *Stephan Ast*, *Moritz Graf vom Hagen-Plettenberg* und *Mike Körner*. Im Überschwang der Entdeckungslust wurde unterwegs die eine oder andere These möglicherweise steiler als nötig gespitzt oder wird sich unter dem kritischen Blick der Strafrechtswissenschaft gar als „Flause“ im Sinne des schopenhauerschen Zitats entpuppen. Ohne dies jedoch hätte dieses Buch seine Bestimmung verfehlt. Denn „jede wissenschaftliche Erfül-

---

<sup>1</sup> *Schopenhauer*, Parerga und Paralipomena, Kap. XXIII, S. 549 f.

<sup>2</sup> *Asholt*, Verjährung im Strafrecht.

lung“, so *Max Weber*, „bedeutet neue ‚Fragen‘ und *will* ‚überboten‘ werden [...]. Wissenschaftlich aber überholt zu werden, ist [...] nicht nur unser aller Schicksal, sondern unser aller Zweck.“<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> *Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, S. 14 (Hervorhebung im Original).

# Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung . . . . .	VII
Erstes Kapitel: Einführung . . . . .	1
I. Die Doppelpoligkeit des Zeitverständnisses . . . . .	1
II. Das zeitliche Sein der Verhaltensnorm . . . . .	4
III. Bereinigung der Widersprüche . . . . .	10
Zweites Kapitel: Die Verhaltensnorm in der Zeit . . . . .	13
I. Einführung . . . . .	13
II. Der Rechtspflichtbegriff . . . . .	16
1. Normativer Geltungsgrund . . . . .	18
a) Zum Verhältnis von Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie . . . . .	20
b) Verfehler Rekurs auf philosophische Rechtsgeltungsgründe . . . . .	29
c) Normative Rechtsgeltung aus rechtsdogmatischer Sicht . . . . .	35
2. Rechtswirksamkeit . . . . .	36
a) Befolgungsunfähigkeit – das ultra-posses-Prinzip . . . . .	37
b) Befolgungsunwilligkeit – Erzwinglichkeit als Wirksamkeitskriterium . . . . .	40
3. Zwischenergebnis . . . . .	45
4. Äquivokationen des Pflichtbegriffs – ultra posse tamen obligatur? . . . . .	45
a) Belastende Güterdistribution als „Pflicht“ . . . . .	46
b) „Duldungspflichten“ . . . . .	49
5. Definition der Rechtspflicht . . . . .	53
III. Keine strafbewehrte Verhaltenspflicht des Täters im Tatzeitpunkt . . . . .	54
1. Fehlende Fixierung des pflichtbegründenden Sachverhalts . . . . .	54
a) Konstruktivismus und kritischer Realismus . . . . .	55
b) Kognitionswissenschaften . . . . .	59
aa) Kognitionspsychologische Grundlagen . . . . .	60
bb) Erkenntnisse der kognitiven Linguistik . . . . .	64
c) Bedürfnis autoritativer Bestimmung der rechtlich relevanten Wirklichkeit . . . . .	68

d)	Fehlende Fixierung der pflichtrelevanten Wirklichkeit im Tatzeitpunkt . . . . .	69
2.	Unbeendete Normsetzung im Tatzeitpunkt . . . . .	71
a)	Ausgangspunkt: das reine Subsumtionsmodell nach Laband . . . . .	72
aa)	Die notwendige Beteiligung der Urteilskraft . . . . .	77
bb)	Semantische Grenzen . . . . .	81
(1)	Die Prototypizität der Gesetzesbegriffe . . . . .	82
(2)	Die Kontextsensitivität der Sprachbedeutung . . . . .	84
(3)	Der Rechtsanwender als Bedeutungsetter . . . . .	85
(4)	Der sprachliche Bedeutungswandel in der Zeit . . . . .	89
cc)	Gerechtigkeitsgrenzen eines reinen Prinzipienrechts . . . . .	90
dd)	Statische Prinzipien vs. Wertewandel . . . . .	91
ee)	Das Scheitern des reinen Subsumtionsmodells . . . . .	93
b)	Vom Neukantianismus zur herrschenden Lehre von der Wortlautgrenze . . . . .	93
aa)	Lösungen des Neukantianismus . . . . .	95
bb)	Neue Probleme . . . . .	96
cc)	Die Scheinlösung der Lehre von der Wortlautgrenze . . . . .	98
c)	Volksg Geist, Freirecht und Vorverständnis als pflichtbegründende Instanzen . . . . .	101
aa)	Die Lehre vom Volksg Geist . . . . .	102
bb)	Die Freirechtslehre . . . . .	103
cc)	Das „Vorverständnis“ im Rahmen der juristischen Hermeneutik . . . . .	105
dd)	Keine Pflichtbegründung durch kollektive Entität . . . . .	108
d)	Fehlende Pflichtsetzung im Tatzeitpunkt . . . . .	108
3.	Ergebnis – Pflichtverletzung kein Straftatmerkmal . . . . .	108
 <i>IV. Die Verhaltenspflichtverletzung als strafrechtsdogmatischer Fremdkörper . . . . .</i>		
1.	Friktionen mit den strafrechtlichen Unrechtslehren und der Normgeltungslehre . . . . .	110
a)	Die Imperativentheorie . . . . .	110
b)	Die objektive Unrechtslehre . . . . .	114
c)	Die personale Unrechtslehre . . . . .	119
aa)	Verstoß gegen das ultra-posse-Prinzip . . . . .	121
(1)	Unterscheidung von „Handlungs-“ und „Motivationsfähigkeit“ . . . . .	121
(2)	Versuche der Rechtfertigung eines Verstoßes gegen den ultra-posse-Satz . . . . .	123
(a)	Pflichten Schuldunfähiger als Mittel zur Verhaltensmotivation schuldfähiger Dritter . . . . .	123
(b)	Faktische Normeinhaltung aufgrund des Nachahmungsverhaltens Schuldunfähiger . . . . .	125

- (c) Unrechtsfolgen als Beleg schuldlos verletzbarer Verhaltenspflichten . . . . . 126
    - (d) Das Hoffen auf die Motivierbarkeit Schuldunfähiger . 127
    - (e) Zwischenergebnis . . . . . 129
  - bb) Korrelation zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm . . . . 129
    - (1) Einfluss der Sanktionsnorm auf die Relevanz der Verhaltensnorm . . . . . 131
    - (2) Einfluss der Sanktionsnorm auf die Existenz der Verhaltensnorm . . . . . 132
      - (a) Keine rechtliche Verhaltensnorm ohne Durchsetzungsmechanismus . . . . . 133
      - (b) Keine Verhaltensnorm ohne gesetzliche Grundlage . 136
  - d) Die Lehre von der Normgeltungsgefährdung . . . . . 137
    - aa) Verfehlung des Präventionszwecks? . . . . . 139
    - bb) Verfehlung der Bestimmungsfunktion . . . . . 141
    - cc) Dogmatikferne . . . . . 141
  - e) Ergebnis . . . . . 144
- 2. Pflichtwidriges Verhalten und Erfolgsdelikte – ungelöste Friktionen . . . . . 144
  - a) Erfolg als Teil der tatbestandlichen Verbotshandlung . . . . . 145
    - aa) Der Zufallseinwand . . . . . 146
      - (1) Zum Verstoß gegen den ultra posse-Satz . . . . . 146
      - (2) Einwand des Schuldprinzips . . . . . 148
    - bb) Verlust des Präventionszwecks . . . . . 150
  - b) Körperverhalten als Verbotsgegenstand . . . . . 153
    - aa) Lehre vom Erfolgsunrecht: Einbeziehung in Form der „objektiven Zurechnung“ . . . . . 154
    - bb) Erfolgszurechnung infolge Obliegenheitsverletzung . . . . . 155
    - cc) Erfolg als objektive Strafbarkeitsbedingung . . . . . 156
  - c) Ergebnis . . . . . 158

Drittes Kapitel: Neue Perspektiven . . . . . 159

*I. Strafrecht ohne Verhaltenspflicht* . . . . . 159

- 1. Strafzweck . . . . . 161
- 2. Anforderungen an das Strafurteil . . . . . 165
- 3. Umsetzung der Anforderungen im Strafurteil . . . . . 169
  - a) Das Unrechtsurteil . . . . . 170
  - b) Das Schuldurteil . . . . . 171

*II. Vorzüge der These vom „Handlungswahlvertrauen“* . . . . . 173

- 1. Bereinigung von zeitlich-ontologischen Friktionen im Normbegriff . . . . . 174
- 2. Vermeidung dogmatischer Friktionen . . . . . 174
- 3. Ein vorzugswürdiger materieller Verbrechensbegriff . . . . . 175

a) Rechtsgutsbeeinträchtigung oder Normgeltungsgefährdung . . .	175
b) Ablehnung der Rechtsgutsbeeinträchtigung als materielles Verbrechen . . . . .	179
c) Ablehnung der Normgeltungsgefährdung als materielles Verbrechen . . . . .	181
d) Gefährdung des Handlungswahlvertrauens als materielles Verbrechen . . . . .	182
4. Eine klare Verortung sozialmoralischer Normen . . . . .	183
a) Einbeziehung sozialmoralischer Normen – Vorteile und Gefahren . . . . .	183
b) Der richtige Ort . . . . .	186
 Viertes Kapitel: Fazit in Thesen . . . . .	 189
 Literaturverzeichnis . . . . .	 193
Sachregister . . . . .	221

## Erstes Kapitel

# Einführung

„Woraus aber für das Seiende das Entstehen ist, dahinein erfolgt auch ihr Vergehen gemäß der Notwendigkeit; denn sie schaffen einander Ausgleich und zahlen Buße für ihre Ungerechtigkeit nach der Ordnung der Zeit.“

*Anaximandros von Milet*<sup>1</sup>

### I. Die Doppelpoligkeit des Zeitverständnisses

Am Anfang der Philosophie der Zeit stehen diese Worte. Sie bilden das einzige überlieferte Fragment des *Thales*-Schülers *Anaximander* und zugleich den ältesten schriftlich erhaltenen Satz der abendländischen Philosophie.<sup>2</sup> Ihr Inhalt ist kryptisch – eine „Vision metaphysischen Denkens“<sup>3</sup> – aber er lässt bereits die beiden Grundintuitionen erkennen, die seit jeher die menschlichen Versuche leiten, das Wesen der Zeit zu erfassen: Zum einen die Vorstellung von der Zeit als einem Ordnungsprinzip, das das Sein ähnlich einer Rechtsordnung<sup>4</sup> strukturiert, zum anderen als Dimension oder gar Triebfeder fortwährenden Entstehens und Vergehens.<sup>5</sup> Bei welcher dieser beiden unversöhnlichen Positionen das eigentliche Wesen der Zeit beheimatet ist, daran schieden sich bereits die Geister der Vorsokratiker. Als Antipoden standen sich *Parmenides* und *Heraklit* gegenüber.<sup>6</sup>

*Parmenides* gründete seine Thesen auf eine scheinbar triviale Einsicht: „[D]as *Sein* existiert, das *Nichts* existiert nicht.“<sup>7</sup> Hieraus schloss er, dass es auch kein *Werden* geben könne, da dieses ein *Noch-nicht-Sein* bzw. ein *Nicht-mehr-Sein* erfordere, das jedoch als *Nichts* inexistent und undenkbar sei. Folglich zeichne sich das Sein durch ewigen Bestand und Unwandelbarkeit aus:

---

<sup>1</sup> *Anaximandros*, zit. Rapp, *Die Vorsokratiker*, S. 41 f.

<sup>2</sup> *Sieroka*, *Philosophie der Zeit*, S. 14.

<sup>3</sup> *Jaspers*, *Die großen Philosophen*, S. 626.

<sup>4</sup> Vgl. zur griechischen Vorstellung der Zeit als einer Art Weltgericht *Kiauka*, *Zeit und Theologie*, S. 45 m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. *Theunissen*, *Zeitbegriffe*, S. 20.

<sup>6</sup> Diese von der Antike bis heute (z.B. *Sieroka*, *Philosophie der Zeit*, S. 14) geübte Sicht trifft im Grundsatz sicherlich zu, ist jedoch differenzierungsbedürftig, vgl. *Jaspers*, *Die großen Philosophen*, S. 650 ff.

<sup>7</sup> *Parmenides*, *Über die Natur*, zit. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, S. 121 (Fn. 6).

„Weil ungeboren, ist [das Sein] auch unvergänglich, ganz, eingeboren, unerschütterlich und ohne Ende. Es war nie und wird nicht sein, weil es allzusammen nur im Jetzt vorhanden ist, eins und unteilbar. Denn was für einen Ursprung willst Du für das Seiende ausfindig machen? [Weder aus dem Seienden kann es hervorgegangen sein; es gab ja kein anderes Sein vorher], noch kann ich Dir gestatten, seinen Ursprung aus dem Nichtseienden auszusprechen oder zu denken. [...] So muss es also entweder auf alle Fälle oder überhaupt nicht vorhanden sein.“<sup>8</sup>

Diese Einsicht war bahnbrechend, weil sie den Boden der zuvor geübten, sich auf Sinneswahrnehmungen verlassenden Naturphilosophie verließ. Erstmals wurde durch eine reine Vernunftleistung zu einer metaphysischen Seinskenntnis durchgebrochen, die sich mit der empirischen Erfahrung einer im Zeitfluss veränderlichen Welt in (scheinbaren) Widerspruch setzte. Für *Parmenides* beruhte die Vorstellung des Werdens in der Zeit und der Bewegung im Raum auf Sinnestäuschungen, mit denen der Mensch in der empirischen Wirklichkeit als einer „Welt des Scheins“ zwar unverzichtbar rechnen und leben muss (und die für *Parmenides* insoweit auch ihren Wert haben<sup>9</sup>), die jedoch das wahre Wesen des Seins nicht erfassen, in welchem alles, was uns die sinnliche Wahrnehmung als flüchtige Ereignisse in Raum und Zeit vorspiegelt, in Wahrheit seinen festen und unveränderlichen Platz einnimmt. Es fällt nicht schwer, hierin bereits einen Keim der Transzendentalphilosophie *Kants* auszumachen, nach der die Dinge der Welt „an sich“ (*noumenon*) und als Erscheinung (*phaenomenon*) widerspruchsfrei nebeneinander bestehen können.

Den Gegenpol zu diesem statischen Seinsverständnis verkörperte der „dunkle“ *Heraklit*. Zwar erblickte auch er das Sein als Einheit, doch findet diese ihren Grund nicht wie bei *Parmenides* in „logischer Identität und transzendenter Ruhe“,<sup>10</sup> sondern im fortwährenden Ausgleich miteinander ringender Gegensätze. Deren kontinuierliche Vereinigung im Kampf stiftet Harmonie, jedoch eine Harmonie in der Bewegung,<sup>11</sup> eine Einheit im Wandel. Dem Sein wohnt daher eine auf stetige Veränderung drängende Dynamik inne – ein Ansatz, in dem sich die hegelsche Dialektik bereits *in nuce* erblicken lässt.<sup>12</sup> In den einschlägigen, später zum Schlagwort „Alles fließt“ zusammengefassten Fragmenten *Heraklits* heißt es hierzu:

„Wer in dieselben Fluten hinabsteigt, dem strömt stets anderes Wasser zu. / Man kann nicht zweimal in denselben Fluss steigen [...], und nicht zweimal eine vergängliche

<sup>8</sup> *Parmenides*, Über die Natur, zit. Diels, Die Fragmente der Vorsokratiker, S. 122 f. (Fn. 8).

<sup>9</sup> Vgl. *Jaspers*, Die großen Philosophen, S. 644 f.

<sup>10</sup> *Jaspers*, Die großen Philosophen, S. 652.

<sup>11</sup> *Russell*, Philosophie des Abendlandes, S. 65.

<sup>12</sup> Vgl. *Hegel*, zit. Held, Heraklit, Parmenides und der Anfang von Philosophie und Wissenschaft, S. 110: „[E]s ist kein Satz des Heraklit, den ich nicht in meine Logik aufgenommen“.

Substanz in ihrer Individualität berühren, sondern durch das Ungestüm und die Schnelligkeit ihrer Umwandlung zerstreut und sammelt sie wiederum und naht sie sich und entfernt sich. / Das Kalte wird warm, Warmes kalt, Nasses trocken, Dürres feucht.“<sup>13</sup>

Das Spannungsfeld zwischen diesen beiden Positionen prägte im Gang der Jahrhunderte auch alle weiteren Versuche, das Wesen der Zeit zu begreifen.<sup>14</sup> In der heutigen Metaphysik der Zeit hat es vor allem in der Kontroverse zwischen den sog. A- und B-Theorien Niederschlag gefunden. Gestritten wird nun im Kern um die Frage, wann Aussagen über zeitliche Ereignisse *wahr* sind. B-Theoretiker, die geistigen Erben des *Parmenides*, legen hierzu ein Bivalenz-Prinzip zugrunde, wonach jede beliebige Behauptung über zeitliche Ereignisse nur wahr oder unwahr sein kann. Dies gelte unabhängig davon, ob das Ereignis vom Standpunkt des Sprechers aus gesehen in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegt. So könne etwa bereits heute eine wahrheitsfähige Aussage des Inhalts getroffen werden „im kommenden Jahr scheint zu Pfingsten die Sonne“. Das epistemologische Problem, die Wahrheit mit den derzeit verfügbaren Mitteln zum Aussagezeitpunkt nicht erkennen zu können, stehe auf einem anderen Blatt und lasse die Wahrheit der Behauptung unberührt.<sup>15</sup> Dieser B-theoretische Ansatz führt zu einer rein *lagezeitlichen* Ordnung der Ereignisse in einem „Blockuniversum“ (*block universe*), innerhalb dessen „gleichsam immer alles“ existiert.<sup>16</sup>

Die in geistiger Nähe zu *Heraklit* stehenden A-Theorien setzen diesem statischen Standpunkt ein Konzept entgegen, das Ereignisse *modalzeitlich* in Vergangenes, Gegenwärtiges und Zukünftiges ordnet. Die drei Zeitmodi sind dabei dynamisch verbunden: Künftiges wird gegenwärtig, Gegenwärtiges vergeht. Einigkeit herrscht im Lager der A-Theorien darüber, dass Gegenwärtiges existiert, Künftiges aber inexistent ist, so dass sich über letzteres auch keine wahrheitsfähigen Aussagen treffen lassen. Über die Existenz des Vergangenen gehen die Auffassungen indes auseinander. Während ihr die Vertreter des „Präsentismus“ ablehnend gegenüberstehen, wird sie von der Gruppe der „Possibilisten“ bejaht. Die letztere Auffassung führt zur Vorstellung eines im Zeitlauf beständig anwachsenden Seinsbestands (*growing block universe*).<sup>17</sup>

Mit diesen wenigen Andeutungen zur Philosophie der Zeit soll es hier bereits sein Bewenden haben, denn

„[w]ie es nun nicht unser Anliegen sein kann mit den großen Geistern der abendländischen Geistesgeschichte zu wetteifern in der Lichtung des Dunkels, das den Zeitbegriff

<sup>13</sup> *Heraklit*, zit. Diels, Die Fragmente der Vorsokratiker, S. 69 (Fn. 12); S. 79 (Fn. 91); S. 83 (Fn. 126).

<sup>14</sup> Einen Überblick bietet *Kiauka*, Zeit und Theologie, S. 44–126.

<sup>15</sup> *Sieroka*, Philosophie der Zeit, S. 17.

<sup>16</sup> *Sieroka*, Philosophie der Zeit, S. 16 f.

<sup>17</sup> *Sieroka*, Philosophie der Zeit, S. 16 ff.

umgibt, so können wir auch nicht wagen, in die Winkel der modernen Gedankenlabyrinth einzudringen, die man um den Zeitbegriff herumgebaut hat. Wir müssen versuchen, uns nur im eigenen Hause ein wenig umzusehen“.<sup>18</sup>

Jedoch auch ohne gegen die Denker der Zeitphilosophie anzudilettieren bestehen gute Aussichten, Reflexionen über Zeit und Zeitlichkeit für unser strafrechtsdogmatisches Haus fruchtbar zu machen. Der erste Grund hierfür ist trivial: Die Zeit gehört zu jenen alltäglichen Selbstverständlichkeiten, von denen jeder Mensch – jedenfalls bis er sie erklären soll<sup>19</sup> – einen Begriff zu haben glaubt, und über deren Unergründlichkeit er allenfalls mit Blick auf kosmische Abläufe, kaum aber im Kontext sozialen Lebens nachsinnt. Das soziale Phänomen der Straftat bildet insoweit keine Ausnahme. Und so liegt die Chance der Zeitbetrachtung in der Strafrechtsdogmatik zunächst schlicht darin, eine ungewohnte Perspektive auf gewohnte Probleme zu eröffnen, von der aus sich möglicherweise bislang verborgene Lösungswege erschließen lassen.<sup>20</sup> Ein zweiter, gewichtiger Grund erwächst aus der beschriebenen Doppelpoligkeit des zeitlichen Seinsverständnisses, in dem sich statische und dynamische Ansätze gegenüberstehen. Angesichts des ewigen Ringens zwischen parmenideischer und heraklitischer Herangehensweise, zwischen A- und B-Theorien liegt der Schluss nicht fern, dass keiner der beiden Zugänge alle Erkenntnisse der empirischen und reinen Vernunft, sozialen Bedürfnisse und kollektiven Intuitionen befriedigend einzufangen vermag. Obwohl sich gegenseitig ausschließend, scheinen beide Zugänge einen mitbestimmenden Einfluss auf die Art und Weise auszuüben, wie wir uns die Welt als Vorstellung konstruieren, und es gibt keinen Grund zu der Annahme, dass nicht auch die strafrechtlichen Grundbegriffe von jenem Schwanken zwischen den beiden Zugangsarten ergriffen und geprägt werden. In der Tat bestätigt schon eine kurze Analyse, dass dies auch eine zentrale Entität betrifft, um die herum sich die Strafrechtsdogmatik aufbaut: die vom Täter verletzte, rechtliche Verhaltensnorm.

## II. Das zeitliche Sein der Verhaltensnorm

Zur Beurteilung eines Täterverhaltens greifen Praxis und Lehre bis heute überwiegend auf das hergebrachte Subsumtionsmodell zurück. Wert- oder Unwert-

<sup>18</sup> *Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, S. 68 f.

<sup>19</sup> Berühmt ist das Bekenntnis des *Augustinus von Hippo* (Bekenntnisse, 11. Buch, Kap. 14): „Was ist also die Zeit? Wenn mich niemand danach fragt, weiß ich es, wenn ich es aber einem, der mich fragt, erklären sollte, weiß ich es nicht.“ Vgl. zur Zeit als undefinierbarem Grundbegriff: *Kiauka*, Zeit und Theologie, S. 31, 82; *Beuttler*, Gottesgewissheit, S. 87.

<sup>20</sup> Dass Reflektionen über die Zeit ein probates Mittel zur Eröffnung neuer Horizonte bilden, bedarf keines Beweises mehr, nachdem *Kant*, wie er in einem Brief berichtete, erst über die Frage des zeitlichen Anfangs zu den zentralen Problemen der Kritik der reinen Vernunft vorstieß. S. *Popper*, *Kant*, S. 204.

urteile kommen individuell-konkreten Verhaltensweisen danach nicht als originäre Attribute zu, sondern als Derivate generell-abstrakter Normen, sofern sich das jeweilige Verhalten als „Fall von“ ihrem Anwendungsbereich unterstellen lässt. Dem Subsumtionsmodell liegt damit ein generalistisches Seinsverständnis des Normativen zugrunde: In ontologischer Hinsicht geht es davon aus, dass sich Normen in generell-abstrakter Form, d.h. als Regeln bzw. Prinzipien,<sup>21</sup> und nicht als Einzelfallurteile konstituieren; allein im Generell-Abstrakten soll das Normative seinen Sitz finden.<sup>22</sup> Mit seiner generalistischen Grundausrichtung positioniert sich das Modell aber zugleich auch hinsichtlich der Ontologie der Verhaltensnorm in der Dimension der Zeit. Denn anders als eine an ein Augenblicksgeschehen gebundene, flüchtige Einzelfallbewertung „schwebt“ die einmal gesetzte generell-abstrakte Norm dieser Vorstellung zufolge unverändert persistierend über der Rechtsgemeinschaft, um allen zur Normerkenntnis Befähigten jederzeit als verlässliche Grundlage zur Verhaltensausrichtung und -bewertung zur Verfügung zu stehen. In zeitlicher Hinsicht impliziert der normative Generalismus mithin zwei Annahmen: Zum einen lasse sich der Normgehalt von Prinzipien für die Dauer ihrer Geltung gleichsam identitätswahrend „einfrieren“ und gegen gesellschaftlichen Wertewandel und andere Mutagenen immunisieren, zum anderen seien alle für die Lösung des Einzelfalls erforderlichen Wertentscheidungen bereits mit der Setzung der generell-abstrakten Regel getroffen, so dass die Einzelfallkonstellation keinen Anlass für (weitere) konkret-individuelle Normsetzungen biete. Auf diese Weise kann *dieselbe* Norm dem tatgeneigten Täter zum Zeitpunkt  $t^1$  als Pflichtappell entgegentreten und im Falle der Zuwiderhandlung dem Gericht zum Zeitpunkt  $t^2$  als Grundlage des Schuldspruchs dienen. Gesetzlichen Ausdruck hat dieses statische Verhaltensnormkonzept unter anderem in den §§ 1 und 2 StGB erhalten: Der Gesetzgeber wird als befähigt erachtet, die Grenzen strafbewehrter Pflichtverletzungen<sup>23</sup> mittels generell-abstrakter Regeln zu konturieren und dauerhaft festzuschreiben. Die von ihm getroffenen Wertentscheidungen werden als hinreichend für die „Bestimmung der Strafbarkeit“ (§ 1 StGB) bzw. die „Bestimmung der Strafe und ihrer Nebenfolgen“ (§ 2 StGB) erachtet, und ein etwaiger, zwischen Tatbegehung und Verurteilung eintretender

<sup>21</sup> „Generell-abstrakte Norm“, „Regel“ und „Prinzip“ werden hier synonym verwendet. Dabei sei „Prinzip“ eng im Sinne „abschließender Prinzipien“, nicht „beitragender Prinzipien“ verstanden. Vgl. zur Begrifflichkeit *Gertken*, Partikularismus vs. Generalismus, S. 294, und für eine abweichende Begriffswahl *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Rn. 28 ff.

<sup>22</sup> Im Überblick *Gertken*, Partikularismus vs. Generalismus, S. 294 ff.; *Hübner*, Philosophische Ethik, S. 68 ff.

<sup>23</sup> Hier und im Folgenden wird der Begriff „strafbewehrte Pflicht“ dem häufig anzutreffenden Begriff der „strafrechtlichen Pflicht“ vorgezogen, um die in den strafrechtlichen Sanktionsnormen (wenigstens *mit-*)geregelten, gerichtsadressierten Bestrafungsgebote außen vor zu halten.

Wechsel sozialer Wertanschauungen bleibt außen vor, so lange der Gesetzgeber ihn nicht zum Anlass einer Gesetzesänderung nimmt. Methodisch abgesichert wird dieses statische Konzept durch die „subjektive“ Theorie der Auslegung, die das Auslegungsziel in der Ermittlung des Willens des historischen Normgebers erblickt.<sup>24</sup> Dieses statische Normenverständnis und sein Rechtsanwendungsmodell, die Subsumtionsmethode, konnten sich nicht zuletzt deshalb hartnäckig behaupten, weil sie zentralen sozialen Bedürfnissen und verfassungsrechtlichen Forderungen entgegenkommen: Die Annahme diachroner Identität der Verhaltensnorm im Tat- und Urteilszeitpunkt sichert die (sinnvolle) nachträgliche Zuerkennung von Lob/Belohnung und Tadel/Strafe. Sie verspricht Normensicherheit und Gleichheit der Rechtsanwendung, gewährleistet zumindest die Illusion einer klaren Trennbarkeit von rechtssetzender und rechtsprechender Gewalt und scheint nicht zuletzt auch dem demokratischen Anliegen zu dienen, die rechtliche Verhaltensordnung und insbesondere ihren strafbewehrten und somit besonders „wesentlichen“ Ausschnitt möglichst eng an den verfassten, durch Wahlen ausgeübten Volkswillen anzubinden.

Andererseits sieht sich dieses generalistisch-statische Seinsverständnis der Verhaltensnormen seit langem wachsenden Vorbehalten ausgesetzt. Ein erster Einwand entstand aus der Erkenntnis, dass die Regelanwendung auf den Einzelfall Wertentscheidungen erfordert, die über die in der generell-abstrakten Regel angelegten Wertungen hinausgehen. Die Regelanwendung qualifiziert sich daher nicht als Akt schlichter *Rechtserkenntnis*, sondern als Vollendung einer vom Gesetzgeber nur richtlinienhaft vorgezeichneten *Rechtssetzung*. Das rechtliche Sollen trägt mithin (zumindest *auch*) partikularistische Züge, d.h. es konstituiert sich erst (vollständig) in der Bewertung konkreter Einzelfälle. Nachhaltig ins Bewusstsein der deutschen Rechtswissenschaft trat diese Sicht erstmals im Jahre 1885 mit der bekannten Rektoratsrede *Bülow*s und ihrem sentenzenhaft-pathetischen Schlussruf, wonach „nicht das Gesetz, sondern *Gesetz und Richteramt*“ dem Volk sein Recht schaffen.<sup>25</sup> In verborgener Form aber ist sie auch in der etwa zeitgleich von *Binding*, *Wach* und *Kohler*<sup>26</sup> aufgestellten und heute wohl dominierenden<sup>27</sup> „objektiven“ Auslegungstheo-

<sup>24</sup> Für das Strafrecht etwa *Beling*, FG Heck/Ruemelin/Schmidt, S. 12; eingehend *Naucke*, FS Engisch, S. 274 ff. m.w.N. Zunehmend bekennt sich auch das BVerfG wieder zur subjektiven Theorie. Vgl. BVerfGE 102, 176 (185); 128, 193 (210): „Der Richter [...] muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.“

<sup>25</sup> *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 48 (Hervorhebung im Original).

<sup>26</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts I, S. 450 ff.; *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts I, S. 254 ff.; *Kohler*, Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), S. 1 ff.

<sup>27</sup> Für das Strafrecht etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 84 m.w.N.; *Weber*, in: *Baummann/Weber/Mitsch*, § 9 Rn. 76 m.w.N. Vgl. ferner *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 154 ff.; *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 572 ff.; *Rütbers*, ZRP 2008, S. 49. Kritisch *Heck*, AcP 112 (1914), S. 67 ff.

rie enthalten, nach welcher der Norminhalt nicht nach dem historischen Willen des Normgebers, sondern im Lichte der Umstände und Anforderungen des Anwendungszeitpunkts zu bestimmen ist.<sup>28</sup> Denn da bei der praktischen Gesetzesanwendung nur zwei Regelungswillen realisiert werden können – der des Gesetzgebers und/oder der des Rechtsanwenders – liegt in der Hinwendung zu einem vermeintlich „objektiven“ Willen des Gesetzes lediglich die Zurückdrängung des Willens des Gesetzgebers zugunsten eigener Wertsetzungen des Rechtsanwenders im gegebenen Einzelfall.<sup>29</sup> Aber auch jenseits der objektiven Auslegungstheorie wurde und wird der Gedanke, dass die Rechts-„Anwendung“ auf den Einzelfall ein (auch) konstruktivistisches, produktiv-kreatives Element beinhaltet, in der Literatur von einer Vielzahl unterschiedlicher Ansätze lebendig gehalten. Für die ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts kann insoweit auf die Freirechtswissenschaft<sup>30</sup> und den dezisionistischen Ansatz *Carl Schmitts*,<sup>31</sup> für die frühe Nachkriegszeit auf die Wiederbelebung der Topik durch *Theodor Viehweg*<sup>32</sup> verwiesen werden. Weitere Argumente lieferte ab den 1960er Jahren die Rezeption dreier philosophischen Strömungen durch Teile der Rechtswissenschaft: Die Hermeneutik *Hans-Georg Gadamer*s, die Sprachphilosophie des späten *Ludwig Wittgenstein* und die Systemtheorie *Niklas Luhmanns*. So gelangte etwa *Arthur Kaufmann* im Kontext der Hermeneutik zu der These, dass „reales“ Recht noch nicht mit der generell-abstrakten Norm gegeben sei, sondern erst unter den Händen eines Rechtsanwenders zur Entstehung gelange, indem dieser die Norm und den konkreten Lebenssachverhalt im Wege eines hermeneutischen Assimilationsprozesses „in die Entsprechung“ bringe;<sup>33</sup> sein Schüler *Winfried Hassemer* steuerte die Erkenntnis bei, dass sich der Bedeutungsumfang der Gesetzesworte erst in der

<sup>28</sup> Eingehend *Engisch*, Einführung, S. 134 ff. m.w.N.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, S. 662 ff. m.w.N.; *Bringewat*, ZStW 84 (1972), S. 598 m.w.N.: „Gesetz ist, was der Richter als Repräsentant seiner Zeit pflichtgemäß darunter versteht.“

<sup>29</sup> *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 719, 797, 808, 814; *Walz*, ZJS 4/2010, S. 485.

<sup>30</sup> *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 20, 40 f.; *ders.*, Rechtswissenschaft und Soziologie, S. 289; *Fuchs*, Was will die Freirechtsschule?, S. 27, 32 ff. (zum Strafrecht); *Ehrlich*, Freie Rechtsfindung, S. 194. Zwar betonte die Freirechtswissenschaft, dass sie die richterliche Aufgabe nicht primär in der Rechtssetzung, sondern in der Erkenntnis des im Volksgeist entstehenden „freien Rechts“ erblickte. Aufgrund der Unbestimmtheit dieser dunklen Rechtsquelle flossen richterliche Rechtserkenntnis und Rechtssetzung jedoch *de facto* zusammen. Überdies billigte die Freirechtswissenschaft dem Richter eigene Rechtssetzungsmacht ausdrücklich dann zu, wenn sich die „im Volke herrschenden Werturteile“ widersprechen oder nicht ermitteln lassen (*Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, S. 289).

<sup>31</sup> *Schmitt*, Gesetz und Urteil, S. 71 ff.; *ders.*, Politische Theologie, S. 36 ff.

<sup>32</sup> Grundlegend *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, S. 95 ff., 111 ff. Zu diesem Ansatz und seiner Fortentwicklung im Rahmen der „Mainzer Schule“ eingehend *Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtsschule, S. 6 ff.; 123 ff.

<sup>33</sup> *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 18, 37 ff.

Auslegung des Gesetzes am konkreten Fall konstituiere.<sup>34</sup> Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt die von der Sprachphilosophie Wittgensteins inspirierte „pragmatische Linguistik“ sowie die „strukturierende Rechtslehre“ um Friedrich Müller. Auch diese Lehre betont, dass die Bedeutung der in Normtexten verwendeten sprachlichen Zeichen vor der Rechtsanwendung nicht feststehe und erst durch ein strukturiertes, wechselseitiges In-Bezug-Setzen der relevanten Real- und Sprachdaten für die konkrete Konstellation festgesetzt werde.<sup>35</sup> Daher müsse auch die Vorstellung einer *lex ante casum*, einer bereits vor der Rechtsarbeit am Einzelfall existenten Norm aufgegeben werden.<sup>36</sup> Ein weiteres Argument lieferte die Rezeption der Systemtheorie Luhmanns durch Autoren wie Karl-Heinz Ladeur, Thomas Vesting und Hans Kudlich, die den Blick für die (auch) autopoietisch-rekursive Operationsweise des Rechtssystems schärfen: Zwischen Regelsetzung und Regelanwendung bestehe keine linearkausale, sondern eine zirkuläre Beziehung, innerhalb derer jede Regelanwendung auf die Regel selbst zurückwirkt und ihren aktuellen Sinngehalt potentiell verschiebt und verändert.<sup>37</sup> Auch mit dieser gegebenenfalls regeländernden (und insoweit *regelersetzenden*) Wirkung der Rechtsanwendung ist die hergebrachte Vorstellung der Subsumtion unter statische Prinzipien ersichtlich unvereinbar. Und schließlich scheint auch der Strafgesetzgeber selbst der Einsicht in den unfertigen, normativ ergänzungsbedürftigen Charakter seiner Produkte nicht völlig fernzustehen, wenn er sich etwa ausfüllungsbedürftiger Generalklauseln bedient oder zur Kennzeichnung richterlicher (oder behördlicher) Rechtsfindung regelmäßig<sup>38</sup> die Begriffe „Entscheidung“, „Urteil“ oder „Beschluss“ verwendet, denen im Gegensatz zu den selten gebrauchten Alternativbegriffen wie „Erkenntnis“ oder „Spruch“ ein Element autonomer Wertung und Entschließung innewohnt.<sup>39</sup>

Auf den aufgezeigten Zwiespalt zwischen einer generalistisch-statischen und partikularistisch-flüchtigen Ontologie der Verhaltensnorm haben weite Teile der juristischen Praxis und Lehre bislang, wenn überhaupt, mit einem wenig überzeugenden Spagat zwischen freundlichem Bekenntnis und fehlender Umsetzung reagiert. So wird man einerseits dem Befund von Hans-Joachim Koch und Helmut Rüßmann zustimmen können, dass sich heute

<sup>34</sup> Hassemer, Tatbestand und Typus, S. 118 ff., 127 ff.

<sup>35</sup> Müller, Juristische Methodik, Rn. 533–535. Vgl. Hamann, Strukturierende Rechtslehre, S. 175 ff.

<sup>36</sup> Felder, FS-Müller, S. 74: „Norm ist – so die Grundthese – also nicht eine *ante casum* im Gesetzestext festgegebene Größe, sondern sie wird [...] erst vom juristischen Funktionsträger gebildet und konkretisiert.“

<sup>37</sup> Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, S. 132 ff., 137 f., 211 f.; ders., RabelsZ 64 (2000), S. 88 ff.; Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 45 ff.; Christensen/Kudlich, Gesetzesbindung, S. 131 ff.; Vesting, Rechtstheorie, Rn. 108 ff., 130 m.w.N.

<sup>38</sup> Allein im StGB an die 70 Mal.

<sup>39</sup> Vgl. Vesting, Rechtstheorie, Rn. 227.

kaum ein Jurist finden lasse, „der nicht beteuern wird, dass selbstverständlich jeder Akt der Gesetzesauslegung auch ein ‚schöpferisch-subjektives‘ Moment“ – sprich: eine Rechtssetzung – beinhalte.<sup>40</sup> Prominenten Zuspruch erfährt diese Sicht auch durch das Bundesverfassungsgericht, das sich seit seiner vielbeachteten Soraya-Entscheidung (1973) zu dem Standpunkt bekennt, dass sich die richterliche Rechtsfindung nicht auf die Erkenntnis gesetzgeberischer Wertentscheidungen beschränkt, sondern als „Akt bewertenden Erkennens [!], dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“ auch schöpferischen Charakter trägt.<sup>41</sup> Andererseits entpuppen sich solche Beteuerungen angesichts der geübten Rechtsanwendungspraxis als Lippenbekenntnisse. Nach wie vor beschränkt sich die von der Justiz verwendete und an Universitäten gelehrt Methodik weitestgehend auf das generalistische Subsumtionsmodell, innerhalb dessen sich die punktuelle Rechtssetzung des Rechtsanwenders als Auslegung langlebiger Normen tarnt.<sup>42</sup> Elaboriertere Konzepte wie die strukturierende Rechtslehre, die den Gang des Rechtsschöpfungsprozesses der Einzelfallentscheidung offenlegen und damit das Gerüst für eine transparente Begründung des auf den Rechtsanwender entfallenden Teils der Rechtssetzung böten, führen ein Schattendasein. Und auch innerhalb der Strafrechtsdogmatik sind die potentiell gravierenden Folgen eines partikularistischen Seinsverständnisses der Verhaltensnorm bislang weitgehend unbeachtet geblieben: Denn bedürften öffentlich-rechtliche Normen eines zum Gesetzgebungsakt hinzutretenden Rechtssetzungsakts im Einzelfall, so könnten auch strafrechtliche Verhaltensnormen nur zur Entstehung gelangen, wenn sie von einem verfassungsrechtlich autorisierten Organ (insbes. einer Gefahrenabwehrbehörde) in Ansehung der konkreten Situation geschaffen wurden. Daran aber fehlt es bei der sich typischerweise außerhalb des staatlichen Zugriffs vollziehenden

<sup>40</sup> Koch/Rüßmann, Begründungslehre, S. 23. Ähnl. Hilgendorf, Werturteilsproblematik, S. 249: Es sei „allgemein bekannt“, dass Eigenwertungen in der Rechtsanwendung eine entscheidende Rolle spielen. Frohn, ARSP 70 (1984), S. 221: Es herrsche Einigkeit, dass die „Dezision unter Wert-, Plausibilitäts- und Arbeitsentlastungsgesichtspunkten“ einen Faktor der Rechtssatzauslegung bilde. Ferner Krey, Gesetzesvorbehalt, S. 103: „Die Auslegung von Strafrechtsnormen trägt grundsätzlich [...] rechtsfortbildenden, normvollendenden, kurz: normbildenden Charakter. Was strafbar ist, bestimmen Gesetzgeber und Rechtsprechung in arbeitsteiligem Zusammenwirken.“

<sup>41</sup> BVerfGE 34, 269 (287 f.) (fortgeführt durch BVerfGE 49, 304 (318); 65, 182 (190 f.); 71, 354 (362); 128, 193 (210); 132, 99 (127)). Das BVerfG begründete seine Ablehnung einer strengen Gesetzesbindung der Rechtsprechung in Kern mit der in Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung an „Gesetz und Recht“) angedeuteten Position, dass die im Sinngehalt der verfassungsmäßigen Ordnung begründeten Wertungen der Rechtsprechung als Korrektiv gegenüber dem geschriebenen Gesetz zur Verfügung stehen müsse.

<sup>42</sup> Kritisch bereits Fikentscher, Methoden des Rechts III, S. 739 ff., 749 f. Beißend kritisch Grasnack, FAZ v. 6.11.2002 (Nr. 258), S. 34: Ihre „alteuropäische Ontologie“ ermögliche es Praktikern des Rechts, „unbeirrt an ihrem Köhlerglauben festzuhalten, es gäbe trotz der genannten besseren Einsicht in die beschränkte Leistungskraft der Gesetze gleichwohl für jeden Rechtsfall nur eine einzige richtige Lösung.“

Straftatbegehung in aller Regel. Eine Strafrechtsdogmatik, die den rechtschöpfenden Charakter der Einzelfallbeurteilung ernst nähme, müsste schon deshalb ohne eine Verhaltenspflichtverletzung des Täters im Tatzeitpunkt auskommen. Derartige Entwürfe bilden innerhalb der strafrechtlichen Literatur jedoch bislang eine seltene Ausnahme,<sup>43</sup> und wo sie auftauchen, beruhen sie auf anderen Erwägungen.

### III. Bereinigung der Widersprüche

Unter dem Gesichtspunkt des zeitlichen Seins bietet das strafrechtliche Normenverständnis demnach ein Bild der Zerrissenheit. Die Antinomie unseres zwischen Beständigkeit und Wandel in der Zeit schwankenden Weltverständnisses hat bis tief in diesen strafrechtlichen Zentralbegriff hinein Eingang gefunden, und das Gesetz und seine Interpretationen scheinen – oft unreflektiert-intuitiv – bald der einen, bald der anderen Anschauung näher zu stehen. Dieser Befund gibt Anlass zur Beunruhigung. Denn obgleich man annehmen darf, dass der Kosmos menschlicher Weltsicht seit jeher von einem dissonanten Mit- und Durcheinander statischer und dynamischer Seinsannahmen geprägt ist, kann die Strafrechtsdogmatik schon ihrem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit,<sup>44</sup> jedenfalls aber ihrem rechtssicherheitsstiftenden Zweck nur durch die Ausbildung eines *widerspruchsfreien* Systems gerecht werden.<sup>45</sup> Hierzu möchte die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten, indem sie die strafrechtsdogmatische Sicht auf die Verhaltensnorm von den Friktionen variierender Zeitanschauungen befreit.

Auf dem Weg dahin muss sich die Leserschaft jedoch auf zwei Zumutungen gefasst machen: Unumgänglich ist erstens eine längliche Klärung des *Rechtspflicht*begriffs, da gerade der Nebel um diesen für das zeitliche Verständnis der Verhaltensnorm entscheidenden Schlüsselbegriff die hier zu lösenden Widersprüchlichkeiten stark verschleiert hat. Zweitens muss man sich auf die Verab-

<sup>43</sup> Der bekannteste Entwurf ist das „aletische“ Strafrechtskonzept *Hoyers* (Strafrechtsdogmatik, S. 42 ff.). Vordergründig ähnelt der Ansatz dem hier vertretenen dadurch, dass er ebenfalls ein Strafrecht ohne Verhaltenspflicht entwirft. Im Übrigen aber unterscheiden sich die Ansätze insbesondere dadurch, dass *Hoyer* den Beweis antritt, dass ein solches Strafrecht *möglich* ist, während hier versucht wird nachzuweisen, dass es *notwendig* ist; ferner dadurch, dass hier – im Gegensatz zu *Hoyer* – nur auf die Verhaltenspflicht, nicht jedoch auf die Verhaltensnorm verzichtet wird. Näher unten 3. Kapitel I. 3. a); II. 2. (S. 170 f., 174 f.).

<sup>44</sup> Vgl. zur „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtsdogmatik: *Larenz*, Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 9 ff., Fn. 14 m.w.N.; *Schubert*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, passim; sowie zur Bedeutung des Satzes vom ausgeschlossenen Widerspruch für die Wissenschaftsqualität: *Tetens*, Wissenschaftstheorie, S. 18, 24; *Schubert*, ebenda, S. 92 ff.

<sup>45</sup> *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 10; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 6; *Goeckenjan*, Objektive Zurechnung, S. 22; *Schünemann*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, S. 39; *Meyer-Cording*, Dogmatiker, S. 9.

## Sachregister

- Adressatenproblem s. Normadressat  
alethische Normentheorie (*Hoyer*) 10  
(Fn. 43), 154 f.  
Analogieverbot s. Gesetzlichkeitsprinzip  
Anerkennungstheorien  
– generelle 31  
– individuelle 31  
A-Theorien 3  
Auslegungsmethode  
– objektive 6 f., 92 f.  
– subjektive 5 f., 8, 84  
– systematische 84  
– teleologische 95 ff., 152, 161 f.  
Autonomie s. Willensfreiheit
- Begriffsbildung, juristische 79 ff., 95 f.  
Begriffshof s. Drei-Bereiche-Lehre  
Begriffskern s. Drei-Bereiche-Lehre  
Begründung der gerichtlichen Entscheidung 9, 165 ff.  
Bestimmtheitsgrundsatz s. Gesetzlichkeitsprinzip  
Bestimmungsnorm 46 f. (Fn. 136 f.),  
115 f., 117 ff.  
Bewertungsnorm 46 ff. (Fn. 138 f.),  
114 ff., 136, 170 f., 174  
*block universe* 3  
*bouche de la loi* 72 ff.  
B-Theorien 3  
Brückenprinzip 37 ff.
- Demokratie 25, 29, 71, 96 f., 184, 190  
Dezisionismus 7, 20  
Diachrone Identität der Verhaltensnorm 5,  
13 ff.  
Dialektik 2, 29, 161.  
Dichotomie von Sein und Sollen 16 f., 126  
Ding an sich VII, 2  
Distributivnorm 46 ff., 113, 126 f.  
Drei-Bereiche-Lehre 82 ff., 98 f.
- Entscheidung, richterliche 5 ff., 73 ff.,  
165 ff.
- Erfolgsdelikt 144 ff., 190  
Erlaubnis 47, 49 ff., 112 f., 126 f.  
Erlaubnistatbestandsirrtum 142  
Erzwinglichkeit (des Rechts) 40 ff.
- Formalobjekt 23 ff.  
Formenzwang, sozialer 178  
Freirechtsbewegung 7, 103 ff.  
Freistellung 47, 189
- Gedächtnis 60 ff., 79  
– Primingsystem 60, 63  
– prozedurales 60  
– episodisches 60  
– semantisches 60, 67, 106  
Gefährdungsdeldikt, abstraktes 135, 179 ff.  
Gefahrenabwehr 9, 45, 71, 126, 134 f.,  
162 f.  
Geisteskrankheit 39, 45, 48, 112 f., 118  
Geisteswissenschaften s. Kulturwissen-  
schaften  
Geltungserhaltungslehre s. Normgeltungs-  
gefährdung  
Generalismus, normentheoretischer 5, 9,  
71 f., 76, 90 ff., 174, 190  
Generalprävention 139 f.  
Gesetzlichkeitsprinzip 14, 97 ff., 136, 145,  
152, 167 f.  
Gewaltenteilung 72, 168 f.  
Gewohnheitsrecht 103, 185 f.  
– Willenstheorie 185 (Fn. 92)  
– Gestattungstheorie 185 (Fn. 92)  
*growing block universe* 3  
Grundnorm (*Kelsen*) 31  
Güterverteilung (s. Distributionsnorm)
- Handlung  
– Körperverhalten 154 ff.  
– Rechtlich richtige Handlung 163, 191  
– Rechtlich falsche Handlung 163, 191  
Handlungswahlvertrauen 161 ff., 172 ff.  
Hermeneutik 7, 86 f., 102, 105 ff.  
Hermeneutische Spirale 106

- Hirnforschung 28, 56 f., 59 ff.  
*homo homini lupus est* 165
- Identität, gesellschaftliche 184  
 Identitätsargument 26 (Fn. 55)  
 illokutionärer Akt 160  
 Imperativ  
 – hypothetischer 17, 70 (Fn. 225), 156  
 – kategorischer 17, 154  
 – Imperativentheorie 110 ff., 119, 140  
*In dubio pro reo* 179  
 Intuition 1, 4, 79 f., 88 f.
- Judiz 78 f.  
 Justiz-Syllogismus 75, 77
- Klugheitsregel 37, 186 f.  
 Kognitionspsychologie 60 ff.  
 Kognitivismus, ethischer 31 f.  
 Konstruktivismus (epistemologischer)  
 55 ff.  
 Kontextsensitivität der Sprachbedeutung  
 84 f.  
 Körperverhalten 145, 146 ff., 151 f.  
 Kulturnormenlehre (*Mayer*) 33 f., 104,  
 165, 184 f.  
 Kulturwissenschaften 73, 93 ff.
- lex imperfecta* 41, 133  
 Linguistik  
 – Pragmatische 7 f., 88  
 – Kognitive 59, 64 ff.  
 lokutionärer Akt 160
- Materialobjekt 22 f.  
 Methodenlehre (juristische) 72 ff.  
 Moralentwicklung, individuelle 127 ff.  
 Motivationsfähigkeit 121 f.
- Naturalistischer Fehlschluss 126  
 Naturphilosophie 2  
 Neukantianismus, südwestdeutscher  
 93 ff., 161 f.  
*Nullum crimen sine lege* s. Gesetzlichkeits-  
 prinzip  
 Naturalismus 28, 73  
 Naturrecht 27 ff.  
*necessarium*-Prinzip 37 ff., 116 (Fn. 411)  
 Nonkognitivismus, ethischer 31 f.  
 Normadressat 37, 110 ff., 139, 174  
 Normappell 125, 141, 151, 156  
 Normenontologie 5, 15, 71 f., 109, 190
- Normentheorie (*Binding*) 13 f., 129 ff.,  
 133 f., 175  
 Normgeltungsgefährdung 110, 137 ff.,  
 157, 173, 181 f.  
 Normgeltungsschaden s. Normgeltungs-  
 gefährdung  
 Normsetzung 4 ff., 71 f., 170, 189  
 – Unvollkommene N. durch den Gesetz-  
 geber 54 ff., 160 f., 189  
 – durch das Gericht 165 f., 170  
 – durch ein Gefahrenabwehrorgan 9, 71,  
 189  
 – durch den Täter 71., 162 f.  
 Notstand 91, 95  
 Notwehr 91, 126.  
 NS-Strafrecht 28, 97 f.
- Objektive Bedingung der Strafbarkeit 145,  
 156 f.  
 Obliegenheitsverletzung 145, 155 f.  
 Öffentlichkeitsgrundsatz 182  
 Operatoren, deontische 47
- Partikularismus, normentheoretischer  
 6 ff., 71 f., 165 ff.  
 Persönlichkeitsentfaltung 42, 175 f.  
 Person 24 ff., 177 ff.  
 Pflicht s. Rechtspflicht  
 Pflichtnormlehre (*Goldschmidt*) 114, 118  
 Philosophie der Zeit 1 ff.  
 Possibilismus 3  
 Potentialitätsargument, individuelles 26  
 (Fn. 55)  
 Präsentismus 3  
 Primärpflicht des Bürgers (*Pawlik*) 160  
 Prinzipienrecht, reines 76, 90 f.  
 Prototypizität der Gesetzesbegriffe 82 ff.,  
 180
- quis custodiet custodes?* 41
- Realismus (kritischer epistemologischer)  
 55, 57 ff.  
*realistic turn* (erkenntnistheoretischer)  
 55 f.  
 Realitätsbestimmungsnormen 68 ff.  
 Rechtserkenntnisquelle 104, 165  
 Rechtsfortbildung 100, 180  
 Rechtsgeltung 17 ff.  
 – normative 18 ff.  
 – faktische 36 ff.  
 Rechtsgutslehre 175, 179 ff.  
 Rechtsmoralismus 31

- Rechtspflicht  
 – Begriff 16 ff., 53 f.  
 – Handlungspflicht 13, 103  
 – Unterlassungspflicht 13, 53, 150  
 – Duldungspflicht 45, 49 ff.  
 – Polizeipflichtigkeit (Verhaltensstö-  
 haftung) 45, 112 f.  
 – Steuerpflicht 48 f.  
 Rechtsphilosophie 19  
 – Abgrenzung von Rechtsdogmatik 20 ff.  
 – Nutzen für die Dogmatik 28 f.  
 Rechtspositivismus 30, 72 ff., 90  
 Rechtsquellenlehre 25 f., 33 ff., 186 ff.  
 Rechtsstaatsprinzip 14, 72, 97, 136, 168  
 Rechtsstab 13 f., 130, 159, 168  
 Rechtssubjekt s. Person  
 Rechtswirksamkeit 17 f., 36 ff., 133 f.  
 Relativismus 24, 58  
 Richtigkeit, rechtliche 163., 167 f., 190  
 Rücktritt vom Versuch 52
- Sachverhalt, pflichtbegründender 55 ff.,  
 68 ff., 160, 181  
 Sanktionsnorm 13, 124, 129 ff., 153, 183  
 Schemata, kognitive 60 ff.  
 Schuldfähigkeit 40, 111 f., 115 f., 123,  
 132 ff., 139 f.  
 Sekundärpflicht des Bürgers (*Pawlik*) 160  
 Semantik  
 – logische 80 f.  
 – Checklisten-Semantik 83  
 – Prototypensemantik 82 f.  
 Sozialmoral 33 ff., 172, 183 ff., 191 f.  
 Spezialprävention 173  
 Sprachbedeutungswandel 82, 89 f.  
 Sprachphilosophie 7 f., 87 f.  
 Strafanspruch, staatlicher 159 f.  
 Strafrechtsdogmatik 4, 9 f., 15, 19 ff.,  
 141 ff., 159, 161, 179  
 – Begriff 18 ff.  
 Strafschmerz 138, 173, 182  
 Strukturierende Rechtslehre 7 f., 9, 88  
 Subsumtionsmodell 4 f., 9, 72 ff., 93 ff.  
 Systemtheorie (*Luhmann*) 7 f., 131  
 Systemvertrauen 164 f., 190
- teleologische Reduktion 180  
 Topik (*Viehweg*) 7
- Transzendentalphilosophie 2  
 Tugendethik 166 f.  
 Tugendpflicht 17 (Fn. 15)
- ultra-possé*-Prinzip 38 f., 45 ff., 55,  
 111 ff., 126, 145, 146 ff., 174  
 Unrechtslehre  
 – objektive 95, 114 ff., 140, 175  
 – personale 119 ff., 140, 174, 179 f.,  
 189 f.  
 Unrechtsbewusstsein 117 f., 171 f.  
 Urteilskraft 77 ff., 106 f., 166 f., 170
- Verbrechenbegriff, materieller 155,  
 175 ff.  
 Verhaltensnorm  
 – Doppelfunktion 14, 159  
 Verhaltenssemantik (*Jakobs*) 34, 102 f., 165  
 Vernunftrecht 26 (Fn. 55)  
 Vertrauensrestitution 165, 169 ff., 190  
 Verbotsgegenstand des Erfolgsdelikts  
 144 ff.  
 Verbotsirrtum 117 f., 132, 140, 171 f.  
 Verfassungsgeber 162  
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 39, 50,  
 117, 123, 136 f., 146, 150, 152, 178  
 Verhaltensbindung (rechtliche) 17 ff.,  
 47 f., 50, 121 f., 140 f.  
 Verhaltensstörrhaftung s. „Polizei-  
 pflichtigkeit“  
 Volksgeist 34, 73, 92 f., 102 ff., 108, 166  
 Vorfeldkriminalisierung 134 f.  
 Vorverständnis 101 f., 105 ff.
- Wahrheitspflicht, prozessuale 68  
 Wertewandel 91 ff., 167 f., 183 f.  
 Widerständigkeit der Welt 79 f.  
 Willensfreiheit 16 f., 39 f., 149  
 – Willensbildungsfreiheit 40  
 – Willensverwirklichungsfreiheit 40  
 Wissenschaftstheorie 23, 93 ff.  
 Wortlautgrenze 93 ff., 152, 180
- Zufall 146 ff.  
 Zurechnung, strafrechtliche 25, 144 ff.,  
 159  
 Zwangstheorie 29 f., 72  
 Zweckrationalismus 93 f., 137 f., 161 ff.