

V. Durch Auslegung gewonnene allgemeine Abgrenzungskriterien	75
1. Ausnahmeregelung	75
2. Enger als „öffentliches Interesse“	78
3. Erheblicher Angriff	79
4. Verteidigung der Rechtsordnung als Strafzweck; Durchsetzung der Strafrechtsordnung selbst; Rechtsgüterschutz	80
5. Schuldvergeltung, Sühne, Genugtuung	81
6. Spezialprävention	83
7. Generalprävention	84
8. Gefährdung der Rechtstreue	88
9. Weitere Strafzwecke; Verhältnis der Strafzwecke zueinander	95
10. Unterordnung der Tätereinwirkung unter die Einwirkung auf die Allgemeinheit	96
VI. Ermessen	97
VII. Versuch, Fallgruppen zu bilden, und Einzelfallentscheidungen	99
1. Gegen generalisierende Betrachtung; Abstellen auf den Einzelfall; gegen Abstellen auf bestimmte Tatbestandsgruppen	99
2. Negative Kriterien für die Abgrenzung von Fallgruppen	101
a) Nicht allein wegen (schwerer) Tatfolgen	101
b) Nicht bei Ersttätern (durchschnittlichen Schweregrades)	103
c) Nicht notwendig bei Wiederholungstaten	104
d) Nicht notwendig bei vorsätzlicher Trunkenheitsfahrt	105
3. Positive Kriterien für die Abgrenzung von Fallgruppen	105
a) Bei gleichen Taten kein Übergang zu milderer Strafart	105
b) Wenn die verletzte Rechtsnorm nicht ernst genommen wird	106
c) Bei ungewöhnlicher Gleichgültigkeit	107
d) Bei besonders hartnäckigem, rechtsmißachtendem Verhalten	107
e) Bei Wiederholungstätern häufiger	108
f) Bei Ersttätern, jedenfalls bei nicht wiedergutzumachenden Schäden	110
g) Weniger Tatfolgen als Maß der Schuld und Gefährlichkeit entscheidend	111
h) Bei gewissen Tatbeständen häufiger	111
i) Auch bei vorsätzlichen Wirtschaftsdelikten	112
j) Auch bei Fahrlässigkeitstaten	112
VIII. Die BGH-Entscheidungen vom 8. Dezember 1970 und vom 21. Januar 1971	113

	Inhaltsverzeichnis	9
<i>B. Kritik der Rechtsprechung</i>		116
I. Kritik an der Arbeitsweise der Rechtsprechung, ausgehend von ihren Ergebnissen		116
1. Maßstab: Voraussehbare und überprüfbare Ergebnisse.....		116
2. Gelingen der Rechtsprechung voraussehbare und überprüfbare Ergebnisse?		116
a) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Auslegung des Begriffs?		116
aa) Subjektive Auslegung		116
bb) Versuch mit anderen (objektiven) Auslegungsmethoden		117
b) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Bildung von Fallgruppen?		119
c) Gelingen der Rechtsprechung die geforderten Ergebnisse durch Entscheidung im Einzelfall?		119
aa) Keine Klarheit über Strafzwecke		120
bb) Fehlen empirischer Unterlagen		120
II. Entspricht das Gesamtergebnis der Rechtsprechung dem Charakter der Norm als Ausnahmeregelung?		121
1. Erster Anschein: Anerkennung als Ausnahmeregelung		121
2. Mögliche Vorbehalte		122
a) Unsicher, ob die Ergebnisse repräsentativ für die Oberlandesgerichte sind		122
b) Die Vorinstanzen und ihr Verhältnis zur Reformgesetzgebung		122
c) Vorwiegend Verkehrsdelikte		122
III. Selbstverständnis und Funktion der Rechtsprechung zu den §§ 14, 23 StGB		123
1. Gegenüberstellung von Selbstverständnis und Funktion		123
a) Selbstverständnis der Rechtsprechung: Gesetzesinterpretation		123
b) Grenze der Interpretation		124
aa) Grenze der Interpretation im Strafrecht allgemein		124
bb) Bestimmung der Grenze bei der Anwendung des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“ durch die Gerichte		124
c) Tatsächliche Funktion der Rechtsprechung		125
2. Bewertung des Widerspruchs zwischen Selbstverständnis und tatsächlicher Funktion		127
a) Stellungnahme der Gerichte		127

	Inhaltsverzeichnis	
aa)	Ergebnislose Anwendung der subjektiven Methode	127
bb)	Stilistische Vorbereitung der Einzelfallentscheidung	127
cc)	Pragmatische Gründe, den Widerspruch zwischen Selbstverständnis und Funktion nicht ausdrücklich zu erörtern	128
b)	Läßt sich der Widerspruch zwischen Selbstverständnis und Funktion mit Erfolg erörtern?	129
aa)	Gewaltenteilung	129
bb)	Bestimmtheit der Strafbarkeit	129
c)	Konsequenzen des Widerspruchs zwischen Funktion und Selbstverständnis	132
aa)	Gesichtspunkte für die Beibehaltung des Wider- spruchs zwischen Funktion und Selbstverständnis	132
bb)	Gesichtspunkte gegen die Beibehaltung des Wider- spruchs	133
	Zusammenfassung	
	Auf den Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ (§§ 14, 23 StGB) kann die Verhängung bzw. Vollstreckung einer Freiheitsstrafe nicht gestützt werden	134

*Anhang***Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem**

A. Anlaß für das Seminar	142
B. Bericht über Ablauf und Verfahren des Seminars	147
I. Darstellung des zeitlichen Ablaufs	147
II. Darstellung zur Methode	151
C. Kritische Bemerkungen zum Seminar	155
I. Probleme	155
II. Positive Erfahrungen, Ausgangsbasis für Empfehlungen	159
III. Fazit	161
Entscheidungsverzeichnis	162
Literaturverzeichnis	165

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AE	Alternativentwurf
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BA	Blutalkohol
Bay	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
Br	Braunschweig
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
Ce	Celle
d.	das, des
DAR	Deutsches Autorecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Drs. V.	Bundestagsdrucksachen V. Wahlperiode
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dü	Düsseldorf
E 59	Entwurf 1959
E 60	Entwurf 1960
E 62	Entwurf 1962
f., ff.	folgende
Fr	Frankfurt
GA	Goltdammers Archiv
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Ha	Hamm
Hg	Hamburg
h. M.	herrschende Meinung
i. S.	im Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung

Justiz, Die	Arbeitsblätter des Justizministeriums Baden-Württemberg
JustizverwBl.	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristenzeitung
Ka	Karlsruhe
KG	Kammergericht
KN	Kieler Nachrichten
Ko	Koblenz
Kö	Köln
l	links
lm	links mitte
lo	links oben
lu	links unten
m	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OI	Oldenburg
OLG	Oberlandesgericht
Prot. V.	Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform V. Wahlperiode
r	rechts
rm	rechts mitte
Rn.	Randnummer
ro	rechts oben
ru	rechts unten
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sl	Schleswig
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
St	Stuttgart
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StRG	Strafrechtsreformgesetz
u. a.	und andere; unter anderem
u. U.	unter Umständen
v	von
VRM	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zw	Zweibrücken

Einleitung

Der Ausdruck „Verteidigung der Rechtsordnung“ taucht in der strafrechtlichen Gesetzgebung zum ersten Mal in den §§ 23 Abs. 1, 27 b Abs. 1 StGB in der Übergangsfassung des Art. 106 1. StRG¹ und dann in der seit dem 1. 4. 1970 geltenden Fassung der §§ 14 Abs. 1, 23 Abs. 3 StGB auf.

Dieser Ausdruck muß besonderes Interesse auf sich ziehen, und zwar einmal deswegen, weil er im Zusammenhang mit den viel erörterten Problemen der Verhängung und der Vollstreckung kurzzeitiger Freiheitsstrafen verwendet wird: Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten soll verhängt werden dürfen, wenn sie „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ unerlässlich ist (§ 14 Abs. 1 StGB)²; die Vollstreckung der Freiheitsstrafen von mindestens sechs Monaten wird nicht ausgesetzt, „wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet“ (§ 23 Abs. 3 StGB).

Dieser Ausdruck muß zweitens interessieren, weil man ihn in einer Gesetzesbestimmung nicht erwartet; er ist von unverbindlicher Unbestimmtheit. „Der Begriff ‚Verteidigung der Rechtsordnung‘ ist noch weitgehend ungeklärt“; das ist nicht etwa das Fazit einer kritischen monographischen Untersuchung, sondern die lapidare Feststellung im Urteil eines Amtsgerichts³ unmittelbar nach Inkrafttreten des § 27 b StGB in der Übergangsfassung des 1. StRG. Es läßt sich schwerlich bestreiten, daß das Amtsgericht die Sache richtig beschrieben hat; nur die zurückhaltende Formulierung des Richters läßt sich bemängeln. Ein ungeklärter Begriff in zwei wichtigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs: diese Annahme war der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung.

Damit entstand aber erst die Frage, in welcher Richtung die Annahme zu behandeln wäre. Die im Regelfall geübte juristische Arbeitsweise hätte es nahegelegt, den Schwerpunkt auf „noch“ ungeklärt zu legen und eine Klärung zu versuchen. Diese Richtung der Arbeit haben wir ausdrücklich diskutiert⁴, aber verworfen. An solchen Ver-

¹ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (BGBl. I, 645).

² Eine Freiheitsstrafe unter 6 Monaten ist auch dann zulässig, wenn sie zur „Einwirkung auf den Täter“ unerlässlich ist; diese Möglichkeit des § 14 Abs. 1 StGB wird im folgenden Text nicht mitberücksichtigt.

³ AG Oldenburg i. H., Urteil vom 26. 11. 1969 — Ds 68/69 —.

⁴ Vgl. dazu die Ausführungen im Anhang.

suchen ist in Rechtsprechung und Literatur — das wird in den Kapiteln 2 und 3 ausführlich beschrieben — kein spürbarer Mangel. Für unsere Entscheidung war jedoch wichtiger, daß diese Versuche unserer Meinung nach scheitern müssen; sie gelangen über willkürliche Setzungen nicht hinaus. Diese Versuche verdecken, daß die §§ 14, 23 StGB, soweit sie auf „die Verteidigung der Rechtsordnung“ als Merkmale für eine gesetzliche Regelung verweisen, einen nicht heilbaren Mangel enthalten, eben die Ungeklärtheit jenes Ausdruckes, was bedeutet: die Unentschiedenheit des Gesetzgebers.

Zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ sind folgende Fragen unabweisbar:

- Wie kommt es zu derartiger Unentschiedenheit im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens,
- welchen Umfang im einzelnen hat diese Unentschiedenheit,
- welche juristischen Folgerungen zeitigt diese Unentschiedenheit in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung,
- welche Anweisungen für den juristischen Umgang mit dem Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ können nach einer Aufbereitung des bisher vorliegenden Materials gegeben werden?

Unsere im folgenden zu entwickelnde Antwort auf diese letzte Frage lautet zusammengefaßt: der Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ ist so unklar und läßt sich so wenig klären, daß über diesen Begriff keine Freiheitsstrafen unter sechs Monaten begründet (§ 14 StGB) und daß über diesen Begriff keine Aussetzungen von Strafvollstreckungen verweigert (§ 23 StGB) werden dürfen.

Die vorhin genannten Fragen führten zu einem klaren Aufbau der Untersuchung. Im 1. Kapitel werden die Gesetzesmaterialien seit dem E 60 dargestellt mit dem Ziel, herauszufinden, welche anwendbaren oder zumindest überprüfbaren oder entwickelbaren Vorstellungen in den Ausdruck „Verteidigung der Rechtsordnung“ eingegangen sind. Das 2. Kapitel stellt die bis Dezember 1970 erschienene Literatur zum Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ dar; die Erwartung, mit der die Literatur gelesen worden ist, war diese: die Literatur müßte den Gesetzgeber energisch auf seine Versäumnisse hinweisen und erörtern, was zu tun ist, wenn der Gesetzgeber ein Problem nicht entscheidet. Das 3. Kapitel verfolgt das „Schicksal“ des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“, d. h. das Schicksal der von diesem Begriff erfaßten Taten und Täter in der Rechtsprechung, vor allem der Oberlandesgerichte⁵. Dieses Schicksal ist schwankend und unvorhersehbar.

⁵ Für die Bereitschaft, uns auch unveröffentlichte Urteile zur Auswertung zu überlassen, danken wir den Oberlandesgerichten Celle (Ce), Frankfurt

Eine Bemerkung zur Begrenzung der Untersuchung: Sie beschränkt sich auf das spezielle Problem, das in dieser Einleitung beschrieben worden ist.

Die Grundsatzfragen, die mit dem Spezialthema zusammenhängen, sind nur so weit verfolgt worden, wie es die Auseinandersetzung mit dem Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ unserer Meinung nach erforderte. Zu diesen Grundsatzfragen gehören: Bestimmtheit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafrechts, insbesondere der Vorschriften über die Rechtsfolgen der Straftat; Problem der kurzen Freiheitsstrafe überhaupt; Arbeitsweise des Gesetzgebers; Verfahren der Auslegung bei unentschiedenen Gesetzesformulierungen; Verhältnis Gesetzgebung-Rechtsanwendung; Richterrecht, insbesondere Ermessen bei der Strafzumessung. Es ergab sich im Laufe der Untersuchung, daß die Erörterungen zu diesen allgemeinen Fragen bei der Stellungnahme zum speziellen Problem nur bedingt benutzt werden konnten. Man wird daher die eine oder andere heftig umstrittene Grundsatzfrage nicht oder nur als Skizze finden.

(Fr), Koblenz (Ko), Köln (Kö), Oldenburg (Ol), Schleswig (Sl), Stuttgart (St), dem Bayerischen Obersten Landesgericht (Bay) sowie dem Bundesverfassungsgericht (BVG) und dem Landgericht Mainz.

Die bis Ende Dezember 1970 (Redaktionsschluß) veröffentlichte Rechtsprechung ist vollständig verwertet.