

V. Vergleich der Gebrauchsausdrücke „Überzeugung“ und „Gewissen“ im Hinblick auf den adäquaten Anknüpfungsbegriff für den Typen-Typus des „Überzeugungstäters“ .....	234
1. Vergleich zwischen den Gebrauchsausdrücken „Überzeugung“ und „Gewissen“ .....	235
2. „Überzeugung“ und „Gewissen“ im Zusammenhang der Formulierungen der Reformdiskussion .....	235
3. Die Wahl des Anknüpfungsbegriffs für den Typen-Typus des „Überzeugungstäters“ .....	238
VI. Abschließende Thesen 16 - 20 .....	239
<b>E. Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters als normatives Problem</b> 241	
I. Prinzipielle Einwände gegen den Vorschlag einer Sonderbehandlung für Überzeugungstäter .....	241
1. Gegenthese: Der Primat der Staatsidee vor den Partikularideen .....	242
a) Die Begründung der These .....	242
b) Gegenstimmen .....	245
c) Das Problem des pluralistischen Staates .....	247
d) Pluralismus und Grundgesetz .....	249
e) Folgerungen für die Kritik der 1. Gegenthese .....	251
2. Gegenthese: Der Primat des Gesetzes vor dem Gewissen ...	254
a) Welzels Begründung der These .....	255
b) Offengebliebene Fragen zu Welzels Stellungnahme .....	258
c) Schmidhäusers Lösungsvorschläge .....	260
d) Nolls Lösungsvorschlag .....	265
e) Kritik von Peters an den grundsätzlichen Entscheidungen zugunsten des Gesetzes .....	267
f) Aporien der Gegenüberstellung von Gesetz und Gewissen	268
g) Korrektur der unfruchtbaren Fragestellung .....	272
h) Die Hilfsthese von der Selbstaufgabe des Rechts bei Anerkennung einer Sonderstellung für Überzeugungstäter ...	274
3. Gegenthese: Der Primat der Sozialethik vor der Individualethik .....	277
II. Die Unergiebigkeit einer vergleichenden rechtsphilosophischen Untersuchung der Problematik des Überzeugungstäters .....	279
III. Der Ausgangspunkt für eine rechtsstaatliche Lehre vom Überzeugungstäter .....	282
IV. Abschließende Thesen 21 - 30 .....	286
<b>F. Abschluß</b> .....	289
<b>Literatur- und Abkürzungsverzeichnis</b> .....	291
<b>Personen- und Sachregister</b> .....	329

## A. Einführung

Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters ist eine „juristische Entdeckung“<sup>1</sup>, die auf *Gustav Radbruch* zurückgeht und in dessen strafrechtlichem, rechtsphilosophischem und rechtspolitischem Lebenswerk in immer neuen Zusammenhängen durchdacht worden ist: Wie ist ein Täter zu beurteilen, der sich aufgrund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung zur Begehung einer Straftat für verpflichtet hielt? Diese Frage hat die Legislative seit dem Strafgesetzentwurf *Radbruchs* aus dem Jahre 1922 immer wieder beschäftigt und die Strafrechtswissenschaft seit dem 1924 erschienenen Aufsatz *Radbruchs* über den Überzeugungsverbrecher nicht mehr ruhen lassen<sup>2</sup>.

Die Diskussion des Problems läßt sich auf zwei Epochen aufteilen, die sich, nicht zufällig, auf die demokratischen Perioden Deutschlands beschränken. Der erste Zeitraum umfaßt die Jahre von 1924 bis 1933 (außerhalb Deutschlands bis 1935), in dem *Radbruch*, auf sich gestellt, den Disput mit seinen Zeitgenossen führte. Die zweite Epoche setzt ein mit den Beratungen der Großen Strafrechtskommission 1954 zu diesem Thema und erreicht 1964 einen vorläufigen Höhepunkt in der Formulierung des § 48 a E 1962 in der Fassung des Sonderausschusses „Strafrecht“ des 4. Deutschen Bundestages<sup>3</sup>, die an *Radbruchs* Entwurf anknüpft.

Beide Epochen lassen Parallelen im Ablauf der Diskussion erkennen: Neben Äußerungen im Schrifttum stehen jeweils Beratungen juristischer Fachgremien (34. Deutscher Juristentag 1926 — Strafrechtslehrertagung 1966) und gesetzgeberische Bemühungen, eine Lösung des Problems in einer Strafrechtsvorschrift zu fixieren (§ 71 E 1925 - § 48 a E 1962/SA 1964). Diese Koinzidenzen weisen auf eine Eigenart des Pro-

---

<sup>1</sup> *Dölle*: S. B 1 ff. — *Dölle* hat allerdings den Begriff der „juristischen Entdeckung“ nicht bezogen auf den Überzeugungstäter gebraucht, sondern sich auf Beispiele aus dem Bürgerlichen Recht und dem Internationalen Privatrecht beschränkt. — *Otto*, W.: S. 248 spricht von *Radbruchs* „Erfindung der Überzeugungstäterschaft“.

<sup>2</sup> „*Gustav Radbruchs* Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)“ wurde erst 1952 von *Eberhard Schmidt* herausgegeben. (Zitierweise: E *Radbruch*.) In *Radbruchs* Aufsatz „Der Überzeugungsverbrecher“, ZStW 44 (1924) S. 34 ff., ist die Entwurfsbegründung zu § 71 E *Radbruch* abgedruckt, S. 35 f.; sie stimmt mit der Fassung der Entwurfsedition, S. 54, von geringen sprachlichen Änderungen abgesehen, überein.

<sup>3</sup> Zitierweise: § 48 a E 1962/SA 1964.

blems hin: Es drängt sowohl zu wissenschaftlicher Durchdringung wie zu rechtspolitischer Umsetzung, ist von ebenso großem theoretischen wie praktischen Interesse<sup>4</sup>. Die Faszination, die von der Problematik des Überzeugungstäters ausgeht, sowie die Leidenschaftlichkeit, mit der die Diskussion geführt wird, dürften darin begründet sein, daß diese Fragestellung den Charakter eines Brennglases hat, das fundamentale strafrechtliche, rechtsphilosophische, verfassungsrechtliche und politische Streitfragen sammelt; in ihrer Bündelung erzeugen diese Probleme „Hitzegrade“, wie sie sonst nur von Fragen des Strafrechts wie z. B. dem Schuldprinzip, der Lehre von der Willensfreiheit, der Strafe, den Sittlichkeitsdelikten, der Abtreibung oder politischen Straf- tatbeständen bekannt sind<sup>5</sup>.

Zudem ist die Problematik des Überzeugungstäters in den letzten Jahren immer drängender geworden. Gerade in einer Zeit, in der nicht nur politische, sondern auch religiöse Überzeugungstaten sich mehren, wird dem § 48 a E 1962/SA 1964 die Anerkennung als Gesetz versagt und überdies der „entfernt verwandte“ § 20 StGB i. d. Fassung von 1953 gestrichen<sup>6</sup>, obwohl eine ipso-iure-Ehrenstrafe in § 31 StGB (§ 45 StGB n. F.) beibehalten wird.

Wie in letzter Zeit ergangene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Problematik des religiösen Überzeugungstäters zei-

<sup>4</sup> *Schroeder*: S. 134 spricht zu Recht im Hinblick auf den Überzeugungstäter von „einem Kristallisationspunkt ohnegleichen“.

<sup>5</sup> Trotzdem fehlt es in der Literatur sowohl an einer grundlegenden Gesamtwürdigung als auch an einer Arbeit, die die Struktur der Rechtsfigur des Überzeugungstäters untersucht. Vor dem Zweiten Weltkrieg erschienen die Dissertationen von *Morasch*, *Budzinski*, *Bülow*, *Schneider* und Aufsätze zur Frage des Überzeugungstäters; hervorzuheben sind die Beiträge von *Radbruch*, *Erik Wolf*, *Nagler*, *Oetker*. Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes sind Dissertationen zu Teilfragen erschienen: Den kriminologischen Aspekt betont *Greffenius*, den historischen betonen *Eichholz* und *Baltzer*, den kasuistischen betont *Burski*. Von den in Form von Festschrift- und Zeitschriftenaufsätzen publizierten einschlägigen Arbeiten sind diejenigen von *Welzel*, *Peters*, *Noll* und *Heinitz* bemerkenswert.

<sup>6</sup> § 48 a E 1962/SA 1964 sah im Grundsatz vor, daß dann, wenn das Gesetz zeitiges Zuchthaus, Gefängnis oder Strafhaft androhe, an deren Stelle Einschließung von gleicher Dauer zu treten habe, „wenn für den Täter der Beweggrund ausschlaggebend war, daß er sich aus sittlicher, religiöser oder politischer Überzeugung für verpflichtet hielt, die Tat zu begehen“, Prot. der 32. Sitzung des SA v. 16.12.1964 S. 603, 606. Diese Regelung ist weder in das Erste noch in das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 645) bzw. vom 4. 7. 1969 (BGBl. I S. 717) aufgenommen worden und wird in der neuen Kodifikation des Allgemeinen Teils des StGB fehlen. — § 20 i. d. Fassung vom 4. 8. 1953 (BGBl. I S. 735) hatte folgenden Wortlaut: „Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Einschließung gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbare Handlung einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.“ Diese Vorschrift wurde durch Art. 2 Nr. 2 des 8. StAG v. 25. 6. 1968 (BGBl. I S. 741) aufgehoben.

gen<sup>7</sup>, ist damit allerdings die Diskussion von dem Gebiet der „Rechtsfolgenlösungen“ auf das der „Tatbestandslösungen“<sup>8</sup> verlagert worden. Während vor Ablehnung des § 48 a E 1962/SA 1964 im Jahre 1966 die alternativen Lösungswege einer speziellen Sanktion für Überzeugungstäter *sowie* einer dogmatischen Einordnung der Überzeugungstat diskutiert werden konnten, steht der wissenschaftlichen Erörterung und richterlichen Entscheidung zur Zeit nur noch der zweite Weg offen, wenn man das Problem nicht allgemein dem Strafvollzugsbereich zuweisen will<sup>9</sup>.

Schon aus diesem Grunde steht zu vermuten, daß in der nunmehr verstärkt zur Problemlösung in Anspruch genommenen *Strafrechtsdogmatik* die „Transplantation“ vom Rechtsfolgenbereich in den Tatbestandsbereich „immunbiologische Reaktionen“ auslösen muß, die darauf hinzielen, den „Fremdkörper“ abzustößen. Zwar wird in den Darstellungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts als Sitz des Problems im System zumeist die Lehre vom Unrechtsbewußtsein lokalisiert<sup>10</sup>, aber es fällt auf, wie sogleich der Bereich des „Aufhängers“ Unrechtsbewußtsein verlassen und sehr grundsätzlich argumentiert wird: Das Recht bzw. der Staat gäben sich selbst auf, würden sie den Überzeugungstäter „anerkennen“; Recht und Sittlichkeit träten zueinander in Widerspruch, und Recht müsse vor Gewissen gehen, bzw. Sozialethik vor Individualethik. Überrascht stellt man fest, daß es sich bei diesen Argumenten nicht um konkret dogmatische, nur auf die speziellen Fragen der jeweiligen „Tatbestandslösungen“ bezogene, handelt, vielmehr decken sie sich inhaltlich mit den Argumenten, die gegen die „Rechtsfolgenlösungen“ bereits früher vorgebracht worden sind. Man

---

<sup>7</sup> Vgl. insbes. BVerfGE 32 S. 98 ff., Beschluß v. 19. 10. 1971 — 1 BvR 387/65 — zur Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Glaubensfreiheit auf die Bestrafung wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 330 c StGB), BVerfGE 23 S. 127 ff., Beschluß v. 5. 3. 1968 — 1 BvR 759/67 — zur Berücksichtigung einer die Ersatzdienstverweigerung motivierenden Gewissensentscheidung eines Mitgliedes der Zeugen Jehovas und BVerfG, Beschluß v. 11. 4. 1972 — 2 BvR 75/71 — JZ 1972 S. 515 ff. zur Frage Glaubensfreiheit und Eidesverweigerung.

<sup>8</sup> „Tatbestand“ wird hier im Sinne der Rechtstheorie verstanden als Korrelat der „Rechtsfolge“, d. h. als Inbegriff aller materiellen Voraussetzungen der Strafdrohung, vgl. *Engisch*: *Mezger-Festschrift* S. 130.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. *Jeschek*: *Lehrbuch* 1. Aufl. S. 272. Entgegen früherer Ansicht fordert er eine besondere Strafart für Überzeugungstäter; in der 2. Aufl. fügt er hinzu, der Überzeugungstäter könne bei Unterlassungstaten *straffrei* bleiben, S. 309.

<sup>10</sup> *Jeschek*: *Lehrbuch* 2. Aufl. S. 307 ff.; *Schmidhäuser*: *Strafrecht* S. 333 ff., *Einführung* S. 177 f.; *Stratenwerth*: S. 162 f.; *H. Mayer*: *Strafrecht* S. 260 f.; *Schönke/Schröder*: § 59 Rnr. 116; *Welzel*: *Strafrecht* S. 176 f. hat dem Problem einen „Anhang“ zu dem Kapitel über die Möglichkeit der Unrechtseinsicht eingeräumt. — Unter dem Aspekt „Rechtsschuld und sittliche Schuld“ betrachten das Problem *Maurach*: S. 412 (§ 35 II 3); *Baumann*: *Strafrecht* S. 353 (§ 23 III 2); *Wessels*: S. 59. — *Mezger/Blei* schweigen zum Problem des Überzeugungs- bzw. Gewissenstäters.