

## **Bindings Normentheorie und die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart**

**Michael Kubiciel**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Kubiciel, Michael. 2020. "Bindings Normentheorie und die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart." In "Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts": Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie, edited by Michael Kubiciel, Martin Löhnig, Michael Pawlik, Carl-Friedrich Stuckenberg, and Wolfgang Wohlers, 331-49. Tübingen: Mohr Siebeck.  
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-158922-5>.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Bindings Normentheorie und die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart

*Michael Kubiciel*

## I. Die Strafrechtswissenschaft und Binding: ein ausgeschlagenes Erbe

Bindings Hauptwerk *Die Normen und ihre Übertretung* umfasst in seiner vierten und letzten Auflage rund 4.500 Seiten. In diesem Opus Magnum entwickelt Binding seine Normentheorie, sichert sie gegen Kritik ab und bemüht sich um eine historisch-ideengeschichtliche Einordnung. Vor allem aber versucht er, das verbrechenstheoretische Potenzial seiner Normentheorie zu demonstrieren: Für Binding ist die Normentheorie die systematische Grundlage, von der aus die wesentlichen Fragen der Allgemeinen Verbrechenslehre beantwortet werden können. Ob Binding seinem Anspruch gerecht geworden ist, kann ein einzelner Beitrag schon deswegen nicht beantworten, weil dies eine Auseinandersetzung mit sämtlichen Lehrstücken der Verbrechenslehre erforderte, die eigenen Beiträgen vorbehalten sind. Vor allem aber haben verbrechenstheoretische Positionen nur eine beschränkte Haltbarkeit, gibt doch jede Generation ihre eigenen Antworten auf straf- und verbrechenstheoretische Grundsatzfragen – Antworten, in denen sich stets die übergreifenden Weltdeutungen einer Gesellschaft spiegeln.<sup>1</sup>

Angesichts dessen verwundert es, dass sich zwar der Blick auf Binding und seine Straftheorie über die Zeit verändert hat,<sup>2</sup> die Strafrechtswissenschaft seinem Hauptwerk, der Normentheorie und der daraus abgeleiteten Verbrechenslehre, aber konstant distanziert gegenübersteht. Dabei erkennt die herrschende Meinung heute in vielen Punkten implizit an, dass die Feststellung strafrechtlichen Unrechts ohne Rückgriff auf – dem Straftatbestand vorgelagerte oder jedenfalls äußerliche – Normen unmöglich ist. Besonders deutlich war dies schon immer bei Blankett- und offenkundig akzessorischen Straftatbeständen, wie sie sich vor allem im Wirtschafts-, Medizin- und Nebenstrafrecht finden,<sup>3</sup> bei Fahrlässigkeitsdelikten sowie bei der Strafbarkeit des unechten Unterlas-

<sup>1</sup> Pawlik, GA 2014, 369, 373.

<sup>2</sup> Hilliger, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 11 f.

<sup>3</sup> Zur Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts statt vieler Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2013, S. 1 ff.

sens.<sup>4</sup> Jedoch setzt die Zurechnung jeder Tat *als Straftat* eine Pflichtverletzung bzw. Normübertretung voraus; die Lehre von der objektiven Zurechnung trägt dem durch das Erfordernis der „Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr“ Rechnung.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund ist kürzlich die – stark zugespitzte – These vertreten worden, Binding sei letztlich als Sieger aus den (straf)rechtstheoretischen Schlachten der Nachkriegszeit hervorgegangen.<sup>6</sup> So einfach liegen die Dinge indes nicht. Denn die seit längerem zu beobachtende Anerkennung bzw. Aufwertung der verbrechenstheoretischen Bedeutung der Norm- bzw. Pflichtverletzung ist nur im Ausnahmefall mit der Übernahme von Bindings normen- und strafrechtstheoretischen Grundannahmen einhergegangen.<sup>7</sup> Zumeist werden die Bezüge zu Bindings Denken überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bleiben jedenfalls unerwähnt.

Der auf den Pflichtentheoretiker Samuel Pufendorf zugeschnittene Satz Welzels, die „besitzenden Enkel“ hätten die Mühen ihrer Vorfäter beim Erwerb des Besitzes vergessen,<sup>8</sup> gilt also auch für den Normentheoretiker Binding: Die Strafrechtswissenschaft hat das normen- und verbrechenstheoretische Erbe Bindings bis in die jüngste Vergangenheit ausgeschlagen. Die von Armin Kaufmann im Jahr 1954 getroffene Feststellung, dass Bindings Normentheorie und das mit ihr verbundene Strafrechtssystem nicht die Beachtung gefunden hätten, „welche ihnen nach ihrer Präension gebührt“,<sup>9</sup> ist bis in die unmittelbare Gegenwart hinein gültig geblieben. Größerer Beliebtheit erfreut sich seine normentheoretische Grundunterscheidung allein auf einem Gebiet, auf dem sie am wenigsten aussagekräftig ist: der (verfassungsrechtlichen bzw. strafrechtswissenschaftlichen) Legitimationsprüfung von Straftatbeständen.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 14 ff. (Fahrlässigkeit), Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 1 (Unterlassen).

<sup>5</sup> Zur Lehre von der objektiven Erfolgsszurechnung *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1 (Fn. 4), § 11 Rn. 52 ff. – Näher und mit weiteren Nachweisen zur umfassenden Bedeutung der Zurechnungslehre *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 80 ff., 94 ff., 173 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, passim, insbes. S. 255 ff.

<sup>6</sup> *Kotsoglou*, in: *Schneider/Wagner* (Fn. 2), S. 35, 37. Vgl. ferner *Wagner*, in: *Bock u. a.* (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2015, S. 99 ff.

<sup>7</sup> S. etwa *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 81 ff. (zur Abgrenzung von Begehung und Unterlassen). Umfassend *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 6 ff. und passim, jedoch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Binding. S. ferner *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 27 ff.

<sup>8</sup> *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 3.

<sup>9</sup> *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. VII: Man habe es in der Strafrechtstheorie zwar nicht vermeiden können, sich mit Bindings Werk zu befassen, doch geschehe dies meist polemisch und eher am Rande.

<sup>10</sup> S. dazu ebd., S. VIII: Für kriminalpolitische Fragen sei Bindings Werk „wenn auch nicht völlig unergiebig, so doch ohne grundsätzliche Bedeutung“.

Der folgende Text will möglichen Gründen für diese eigenartige Entwicklung nachgehen. Dazu wird zunächst Bindings Normentheorie vorgestellt (II.) und auf mögliche theorieimmanente Schwächen befragt, die einer stärkeren Rezeption durch die Strafrechtswissenschaft im Wege gestanden haben könnten (III.). Sodann wird der Blick auf die Strafrechtswissenschaft gerichtet. Dieser Blick offenbart kontingente Gründe, welche die Ideen- bzw. Rezeptionsgeschichte stärker geprägt haben dürften als (vermeintliche) Defizite der Normentheorie selbst (IV.).

## II. Bindings Normentheorie

### *1. Rechtswissenschaftstheoretische Grundentscheidungen*

Bindings Normentheorie ist ein Produkt seiner Beschäftigung mit dem Fahrlässigkeitsdelikt sowie seines Willens und seiner Fähigkeit zur analytisch-systematischen Arbeit. Bei der Befassung mit den wissenschaftlich vernachlässigten Fahrlässigkeitsdelikten sei ihm, schreibt Binding, klar geworden, dass das Problem der fahrlässigen Handlung nur ein einzelnes „aus einem ganzen Ringe von Problemen“ darstelle, die alle miteinander verbunden seien.<sup>11</sup> Unterstellt man eine solche Verbindung, dann wäre es in der Tat wissenschaftlich fahrlässig, ein Einzelproblem des Allgemeinen Teils des Strafrechts lösen zu wollen, ohne sich zuvor Klarheit über die Grundlagen verschafft zu haben, von denen sich sämtliche andere Fragen ableiten lassen. Denn ohne Klarheit über die Grundlagen ist eine auch nur annähernd konsistente Beantwortung der Teilfragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts nicht möglich. Zwar mag eine isolierte Lösung einzelner Probleme dem einzelnen Rechtsanwender, weil nützlich, ausreichen. Auch dürften sich in didaktischer Hinsicht schnelle Erfolge erzielen lassen, wenn die Probleme des Allgemeinen Teils für sich betrachtet und ad-hoc überzeugenden Lösungen zugeführt werden. Um all das ist es Binding aber nicht zu tun. Er sucht vielmehr nach „Wahrheit“, und deren Gewähr ist ihm die „feste Geschlossenheit“ sämtlicher Antworten, der Umstand, dass diese sich „zu einem Ganzen“ fügen.<sup>12</sup> Dies erfordert auf dem Gebiet des Strafrechts die Entwicklung einer Allgemeinen Verbrechenslehre, innerhalb derer die Fahrlässigkeit nur ein Kapitel unter anderen darstellt, wenn auch ein besonders wichtiges Kapitel.<sup>13</sup> Mit dieser strafrechtswissenschaftstheoretischen Grundentscheidung zugunsten einer systematisierenden Beantwortung aller verbrechenstheoreti-

<sup>11</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, S. V.

<sup>12</sup> Ebd., S. IX.

<sup>13</sup> Zur zentralen Bedeutung der fahrlässigen Tat siehe einstweilen nur *Freund*, Strafrecht

schen Einzelfragen bewegt sich Binding in geläufigen Bahnen der Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts: Für Feuerbach und die strafrechtlichen Hegelianer war dieser Systemanspruch selbstverständlich.<sup>14</sup>

Bindings Ambitionen reichen indes noch deutlich weiter. Er meint, seine Arbeit müsse, wenn sie etwas taugen soll, den allgemeinen Teil der gesamten Rechtswissenschaft offenlegen.<sup>15</sup> Sein Optimismus speist sich aus der Wahl des Ausgangspunkts der weiteren rechtstheoretischen, straftheoretischen und strafrechtsdogmatischen Betrachtungen. Dieser ist nicht (erst) auf dem Feld des Strafrechts verortet, also etwa bei der Bestimmung des kriminellen Unrechts oder der Legitimation der Strafe, sondern bei der „Norm“ als Differenzierungskriterium von rechtmäßiger und widerrechtlicher Tat.<sup>16</sup> Normen sind nach seiner Überzeugung nicht genuin oder exklusiv strafrechtlicher Natur. Aus diesem Grund lässt sich die theoretische Behandlung „scheinbar sehr abstrakter Fragen“ für die Praxis sämtlicher Rechtsgebiete fruchtbar machen, auch wenn er, so Binding, seine Antworten als Strafrechtslehrer mit Vorliebe an dem Verbrechen entwickelte.<sup>17</sup>

Die rechtstheoretische Grundentscheidung, den Rechtsstoff ausgehend von Normen analytisch zu durchdringen und systematisch zu ordnen, ist neu, näherten sich seine Vorgänger doch dem Gegenstand ihrer Betrachtung von einer staats- bzw. rechtsphilosophischen Grundlage.<sup>18</sup> Binding geht hingegen induktiv vor, indem er die Straftatbestände analytisch in ihre Teile zerlegt, die Funktion ihrer Teile bestimmt und damit – wie er meint – dezidiert a-philosophisch und antimetaphysisch arbeitet. Er versucht also, den traditionell von der Strafrechtswissenschaft erhobenen Systemanspruch einzulösen und *gleichzeitig* den Ausgangspunkt seines Systems innerhalb des geltenden Rechts zu verorten und nicht in der Philosophie. Ausgehend von dieser so gewonnenen systematischen Grundlage sollen dann Einzelfragen der Allgemeinen Verbrechenslehre beantwortet werden. Diese Herangehensweise ist methodisch anspruchsvoller, als es scheint. Denn die Rechtstheorie bzw. Normenwissenschaft hat eine andere Aufgabe als die Strafrechtswissenschaft: Jene erarbeitet ein „Instrumentarium zur

---

Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 1 ff.; *Jakobs*, GA 1971, 257, 260 ff.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 362 ff., insbes. S. 371 ff.; *Rostalski*, GA 2016, 73 ff.

<sup>14</sup> *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 103 ff.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 3 ff.

<sup>15</sup> *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. IX.

<sup>16</sup> Ebd., S. VI.

<sup>17</sup> Ebd., S. VIII.

<sup>18</sup> *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 30 ff. – Zu Feuerbach siehe etwa die Beiträge in: Koch u. a. (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014. Zu den strafrechtlichen Hegelianern siehe die Beiträge in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Hegels Erben?*, 2017.

möglichst genauen Beschreibung normativer Strukturen<sup>19</sup>, diese will mit ihrer Dogmatik Rechtsfragen einer sowohl verbindlichen als auch richtigen Antwort zuführen.<sup>20</sup> Dass sich die Kluft zwischen beiden Gebieten ohne Zuhilfenahme von (Erklärungs)Brücken schließen lässt, hat Kaufmann bezweifelt: Seines Erachtens beruhen zentrale dogmatische Lehrstücke Bindings wie die Tat- und Schuldlehre nicht auf seiner Normentheorie, sondern auf der (be- oder unbewussten) Verwendung materialer Inhalte.<sup>21</sup>

Dessen ungeachtet konnte Binding auf eine freundliche Aufnahme seines methodischen Ansatzes rechnen, reflektiert dieser doch die in Deutschland zu jener Zeit vorherrschenden postidealistischen Strömungen<sup>22</sup> und trägt der in der Rechtswissenschaft damals um sich greifenden Abneigung gegen die Philosophie und deren „speculative Phantastereien“ Rechnung.<sup>23</sup> Insofern bildet Binding eine verbreitete philosophische Hintergrundüberzeugung ab. Indem er diese aufnimmt und in seiner (Straf-)Rechtstheorie integriert, zeigt sich jedoch die Unausweichlichkeit der Philosophie, der auch jene nicht entkommen, die deziidiert a-philosophisch argumentieren.

## 2. Inhalt

Seine Normentheorie entwickelt Binding mittels einer Analyse des Wortlauts und der Struktur der Straftatbestände. Diese seien so gefasst, dass der Täter, damit er bestraft werden könne, mit dem ersten Teil des Strafgesetzes, der die Tatbestandsvoraussetzungen enthält, in Einklang handeln müsse. Der Täter verletzt also nicht das Strafgesetz, er erfüllt es.<sup>24</sup> Daraus aber folge, dass das Gesetz, welches der Täter verletze, „begrifflich und regelmässig, aber nicht notwendig auch zeitlich dem Gesetz, welches die Art und Weise seiner Verurteilung anordnet, voraus(geht).“<sup>25</sup> Unter Normen versteht Binding also jene Sollenssätze, auf welche die Straftatbestände Bezug nehmen und an deren Verletzung

<sup>19</sup> Treffend *Ast* (Fn. 7), S. 14, der allerdings – in der Sache wie Binding – daran festhält, dass normtheoretische Analysen und Unterscheidungen für die Strafrechtsdogmatik relevant sind (S. 81 und passim).

<sup>20</sup> Umfassend zur Aufgabe der Strafrechtsdogmatik *Frisch*, in: Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2010, S. 169 ff.

<sup>21</sup> *Kaufmann* (Fn. 9), S. 274 f.

<sup>22</sup> Umfassend dazu *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 36 ff. Aus strafrechtlicher Sicht etwa *Amelung*, *Rechtsgüter und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 53 f.

<sup>23</sup> *Lingg*, *Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart* 18 (1891), 42 ff. – Siehe dazu *Frommel*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, S. 167 f.

<sup>24</sup> *Binding*, *Normen*, Bd. 1 (Fn. 11), S. 4.

<sup>25</sup> *Ebd.*, S. 4.

sie eine Rechtsfolge – die Strafe – knüpfen. Die Norm schaffe die *rechtswidrige* Tat, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung.<sup>26</sup> Binding unterscheidet also nicht nur zwischen einer primären Verhaltensnorm und einer sekundären Sanktionsnorm, sondern geht auch davon aus, dass die Verhaltensnorm dem Straftatbestand in dem oben genannten Sinne vorgelagert sei.

Diese Unterscheidung wirkt sich auf sein Verständnis von Straftatbeständen aus. Nach Bindings Auffassung adressieren diese nicht die Bürger. Die verbreitete Ansicht, Straftatbestände wendeten sich primär oder gar exklusiv an die Bürger und beföhlen ihnen ein normgemäßes Verhalten, sei nicht kompatibel mit ihrer Struktur: Straftatbestände enthielten keine dem Dekalog vergleichbaren Imperative der Art „Du sollst nicht stehlen!“, sondern hätten eine zweiteilige Struktur; diese schließe den Teil ein: „Wer stiehlt, wird bestraft.“ Die Rechtsfolgenanweisung wende sich erkennbar nicht an den Täter und lege ihm auch keine Pflicht auf, sich bestrafen zu lassen, da anderenfalls der flüchtige Täter einer ersten Straftat sich noch eines zweiten Deliktes, der Flucht, schuldig mache.<sup>27</sup> Lässt sich aber der Straftatbestand nicht als erweiterter, warnender Imperativ der Art „Ihr sollt nicht bei Strafe stehlen etc.“ lesen? Auch diesen Gedanken verwirft Binding: Wer die Straftatbestände so verstehe, stelle den Adressaten vor die Wahl, entweder das Verbrechen zu unterlassen oder es mit Strafrisiko zu begehen. Der Straftatbestand erteile dann den Bürgern nur den wohlgemeinten Rat, Straftaten „aus Rücksichten auf den Staat oder ihre eigene Bequemlichkeit zu unterlassen.“<sup>28</sup> Form und Inhalt eines solchen Imperativs seien widersinnig, konstatiert er. Kurz: Sollten die Straftatbestände tatsächlich Imperative an die Bürger formulieren, müssten „die zweiteiligen Strafgesetze [aus dem Strafgesetzbuch, M.K.] verschwinden“ und stattdessen Imperative „gerichtet an die Gesetzesuntertanen darin Einzug halten.“<sup>29</sup>

Ebenso wenig weisen die Strafgesetze den Inhaber der Strafgewalt an, einen Straftäter zu bestrafen. Denn der Inhaber der Strafgewalt sei zugleich „Inhaber der Gnadengewalt“ und könne als solcher „auf alle dem Staate erwachsenen Strafrechte verzichten.“<sup>30</sup> Tatsächlich lässt sich den Straftatbeständen zwar eine allgemeine Strafjustizgewährleistungspflicht entnehmen,<sup>31</sup> nicht aber eine jeden Einzelfall betreffende Strafpflicht, zumal eine solche Pflicht, nähme man sie an, von einer Verfahrenspraxis desavouiert würde, in der die Einstellungen die Zahl

<sup>26</sup> Ebd., S. 134.

<sup>27</sup> Ebd., S. 13 f. – In diese Richtung aber *Hoyer*, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 81, 265 ff.

<sup>28</sup> *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 39.

<sup>29</sup> Ebd., S. 39.

<sup>30</sup> Ebd., S. 18 f.

<sup>31</sup> Ebd., S. 23.

der Verurteilungen erheblich übersteigen. Mit Binding ist daher davon auszugehen, dass die Straftatbestände nur eine Strafermöglichkeitsnorm, eine Strafrechtspflicht, enthalten, nicht aber eine auf jeden einzelnen Fall bezogene Strafpflicht.<sup>32</sup>

Es bleibt daher nur die Möglichkeit, die Straftatbestände in zwei Teile zu zergliedern und einen Normbefehl ausschließlich im ersten Teil zu verorten. Das die Bürger adressierende Gebot

„finden wir im Wesentlichen durch Umwandlung des ersten Teils unserer Strafrechtssätze in einen Befehl: nicht zu handeln, wie es dasselbe bezeichnet, oder zu handeln, wie es dort gefordert ist. Dieser gesetzliche Befehl ist es, den ich Norm nenne.“<sup>33</sup>

Das Strafgesetz sei „wie alle Sätze des Zwangsrechts accessorischer Natur.“<sup>34</sup> Ihren Bezugspunkt bildet die Norm. Die Straftat ist demzufolge primär als Verletzung der Pflicht zum Gehorsam gegenüber dieser Norm zu begreifen, nicht als eine materielle Rechtsgutsverletzung.<sup>35</sup>

### III. Rechtstheoretische Einwände gegen die Normentheorie

Bindings Normentheorie empfiehlt sich durch ihre Prägnanz und ihren Verzicht auf rechtsphilosophische Vorannahmen. Dennoch hat sie selbst in jenen Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg kaum Beachtung gefunden, in denen sich die Mehrheit der deutschen Strafrechtswissenschaft von Rückgriffen auf – als „subjektiv-beliebig“ bezeichnete – philosophische Grundlagen abwandte.<sup>36</sup> Dass Normen „Stiefkinder“ der Wissenschaft geblieben sind, mag zu Bindings Zeiten auch der „Sprödhheit“ der Materie geschuldet gewesen sein.<sup>37</sup> Spätestens seit den 1960er und 1970er Jahren hat sich die Scheu der Strafrechtswissenschaft merklich abgebaut, was sich an einer größeren Anzahl von rechts- und normtheoretischen Untersuchungen zeigt.<sup>38</sup> Indes haben diese Arbeiten nicht zu einer stärker-

<sup>32</sup> Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 96 f.

<sup>33</sup> Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 45.

<sup>34</sup> Ebd., S. 82.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Amelung (Fn. 22), S. 54; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers, 2002, S. 90.

<sup>36</sup> Stellvertretend für diese Positionierung Roxin, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 387 f. Ferner Hörnle, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, 2010, S. 1265 ff.

<sup>37</sup> Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. V. – Siehe auch Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2015, S. 9: Die Rechtswissenschaft habe die Normen und ihre Strukturen lange vernachlässigt, weil sie sich vor allem mit der Rechtfertigung des Inhalts der Normen befasst habe.

<sup>38</sup> Nachweise bei Ast (Fn. 7), S. 10.

ren Rezeption Bindings geführt und sich auch nicht nachhaltig auf die Allgemeine Verbrechenslehre ausgewirkt. Rational begründet wäre diese Distanzierung der Strafrechtswissenschaft gegenüber Bindings Normentheorie, wenn letztere an rechtstheoretischen Schwächen kranken sollte. Tatsächlich sind gelegentlich rechtstheoretische Einwände geltend gemacht worden. So bezweifeln manche, dass es stets Verhaltensnormen gebe, die dem Straftatbestand vorausgehen, oder halten diese – anders als Binding – nicht für Rechtsnormen (dazu 1.). Andere halten Verhaltensnormen für nicht konkret genug, um den Adressaten das situativ angemessene Verhalten vorzuschreiben (dazu 2.). Wie wir sehen werden, lassen sich diese Zweifel jedoch entkräften – jedenfalls innerhalb des rechtstheoretischen Rahmens, den Binding zugrunde legt.

### *1. Existieren Verhaltensnormen, die dem Straftatbestand vorgelagert sind?*

Einen intuitiv plausibel wirkenden Einwand gegen Bindings zentrale Annahme, jeder Straftatbestand bezöge sich auf Verhaltensnormen, die ihm vorausgehen, hat kürzlich Herzberg auf den Punkt gebracht: Solche Verhaltensnormen seien vielfach im Recht gar nicht „aufweisbar“.<sup>39</sup> Schon die scheinbar simple Verhaltensnorm des § 212 StGB, dass man „von Rechts wegen grundsätzlich niemanden gegen seinen Willen töten darf“, lasse sich aus außerstrafrechtlichen Rechtsregeln wie Art. 2 Abs. 2 GG und § 823 Abs. 1 BGB allenfalls indirekt ableiten. Die Rechtsnorm, die geschäftsmäßige Förderung eines Suizids zu unterlassen, habe es hingegen vor Inkrafttreten des § 217 StGB überhaupt nicht als Rechtsnorm gegeben. Es handele sich um „rein strafrechtliche Verbote“.<sup>40</sup> In der Tat beziehen sich nur wenige Straftatbestände explizit auf außerstrafrechtliche Rechtsnormen anderer Gesetze oder Rechtsverordnungen. Dabei handelt es sich um zumeist nebenstrafrechtliche Vorschriften, die eine Norm wie § 8 Abs. 1 TPG unter Strafanandrohung stellen (vgl. § 19 Abs. 1 TPG). In anderen Fällen – etwa Diebstahl oder Untreue – lassen sich die Verhaltensnormen, auf welche die Straftatbestände Bezug nehmen, immerhin aus den einschlägigen primärrechtlichen Vorschriften (etwas des Sachen- und Gesellschaftsrechts) destillieren. Wie aber steht es um die Straftatbestände, die Herzberg als „nur strafrechtliche“ Verbote bezeichnet? In der Tat bezieht sich ein Straftatbestand wie § 217 StGB allenfalls auf eine sozialetische Norm, den Suizid anderer nicht geschäftsmäßig zu unterstützen. Eine solche sozialetische Norm ist jedoch keine Rechtsnorm. Wie also kann Binding behaupten, dass sich alle Straftatbestände auf eine

<sup>39</sup> Dazu und zum Folgenden Herzberg, GA 2016, 737, 746 ff. (Zitat auf S. 746 f.).

<sup>40</sup> Herzberg, GA 2016, 737, 747.

ihnen äußerliche Verhaltensnorm mit Rechtsqualität bezögen? Binding selbst hat die Frage damit beantwortet, dass die Verhaltensnorm dem Straftatbestand nicht notwendigerweise auch zeitlich vorausgehen müsse.<sup>41</sup> So gesehen, ist es dem Strafgesetzgeber möglich, ein „nur strafrechtliches Verbot“ und *gleichzeitig* eine von diesem *begrifflich* zu unterscheidende Verhaltensnorm zu schaffen. Binding versteht die Verhaltensnorm mithin als „logisches Prius“ der Sanktionsnorm.<sup>42</sup>

Gegen die Existenz einer Verhaltensnorm, die von der im Straftatbestand enthaltenen Sanktionsandrohung bzw. Sanktionsnorm zu trennen ist, lässt sich dann nur noch ein Einwand erheben: Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen mag möglich sein, aber nur um den Preis, den Verhaltensnormen ihren Rechtscharakter abzusprechen. Denn von *Rechtsnormen* könne nur die Rede sein, wenn und soweit das Recht die Verletzung von Verhaltensnormen sanktioniere.<sup>43</sup> Normen, auf deren Übertretung das Recht nicht mit einer Sanktion reagiere, sind danach reine Sollensgebote und als solche „normativ impotent“<sup>44</sup>. Binding hat diesen Einwand unter Verweis auf die im geltenden Recht enthaltenen *leges imperfectae* pariert, denen Rechtscharakter zugeschrieben werde, obwohl der Staat ihre Einhaltung nicht erzwingt.<sup>45</sup> Diese Normen seien rechtlich verbindlich, weil sie ihre Kraft nicht aus der Sanktionsandrohung, sondern aus der Autorität ihres Urhebers – dem Staat – schöpfen.<sup>46</sup> Binding verwendet mithin einen „niedrigschwelligen Rechtsbegriff“<sup>47</sup>, für den allein die Herkunft der Norm, genauer: der Staat als Normsetzer, entscheidend ist. Diese begriffliche Festlegung deckt sich mit einer heute in der Rechtstheorie verbreiteten Meinung, der zufolge eine Norm eine Handlungsanweisung ist, mit der ein Normgeber einem Normadressaten gegenüber den Willen zum Ausdruck bringt, dass sich der Adressat in einer bestimmten Weise verhalten solle.<sup>48</sup> Um eine

<sup>41</sup> Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 4.

<sup>42</sup> Vgl. Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 10.

<sup>43</sup> Umfassend Hoyer (Fn. 27), S. 42 ff. Kritisch dazu Engländer, RW 2013, 193, 196 ff.; Renzikowski, ARSP 31 (2001), 110, 112 ff.

<sup>44</sup> Wendung bei Engländer, RW 2013, 193, 198, unter Verweis auf Stemmer, Normativität, 2008, S. 46 f., 165.

<sup>45</sup> Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 63.

<sup>46</sup> Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 160.

<sup>47</sup> Hilliger (Fn. 2), S. 22.

<sup>48</sup> Engländer, RW 2013, 193, 206; Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 30 ff. Siehe auch Möllers (Fn. 37), S. 171, der Normen ohne Sanktionen anerkennt, gleichzeitig aber darauf hinweist, dass jede Norm qua ihrer Normativität eine Sanktion im schwachen Sinne enthalte: Denn jede Abweichung der Realität von der Norm habe zur Folge, dass dieser Verlauf vor der Folie der gebrochenen Norm (negativ) beschrieben werde. Anders Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, § 2 Rn. 58: „Rechtsnormen [...] ist gemein, daß sie mit Zwang durchgesetzt werden können.“

Rechtsnorm handelt es sich nach diesem Ansatz dann, wenn der Normgeber der Staat ist.

Dieser Blick auf die strafrechtlichen Verhaltensnormen ist liberaler, als es die verbreitete Einordnung Bindings als konservativen Etatisten nahelegen würde. Denn Binding trägt dem Umstand Rechnung, dass in einem freiheitlichen Staat Verhaltensnormen nicht primär aufgrund von Kontrolle und Zwang zur faktischen Geltung gebracht werden können und müssen, sondern allein durch die latente Bereitschaft der Normadressaten, sich normgemäß zu verhalten.<sup>49</sup> Gleichzeitig ist ihm bewusst, dass es einer Sanktionsnorm bedarf, wenn ein Täter gegen eine jener Verhaltensnormen verstößt, die der Staat für besonders wichtig und schützenswert erachtet.

Die rechtstheoretischen Einwände gegen Bindings zentralen Punkt seiner Normentheorie – der Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm – lassen sich folglich innerhalb seines Modells entkräften. Kritisch hinterfragt werden kann jedoch, ob es zwingende Gründe für diese rechtstheoretische Unterscheidung gibt: Was hält uns dazu an, begrifflich zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm zu unterscheiden?<sup>50</sup> Die Antwort lautet: Rechtstheoretische Argumente zwingen die Strafrechtswissenschaft nicht zu dieser Betrachtung, ihr steht es vielmehr frei, diese normtheoretische Betrachtung durch eine andere zu ersetzen. Indes sprechen zwei genuin *strafrechtstheoretische* Gründe dafür, an der begrifflichen Unterscheidung von einer dem Straftatbestand vorausliegenden Verhaltensnorm und einer Sanktionsnorm festzuhalten: In verbrechenstheoretischer Hinsicht wird auf diese Weise deutlich(er), dass das Verbrechen nicht (oder jedenfalls: nicht nur) eine Guts-, sondern auch eine Rechtspflichtverletzung ist, während die Unterscheidung in kriminalpolitisch-verfassungsrechtlicher Hinsicht dazu beitragen kann, die verschiedenartigen und unterschiedlich schwerwiegenden Grundrechtseingriffe deutlicher herauszuarbeiten (dazu sogleich IV.).

## 2. Unbestimmtheit der Normen?

Normen sind für Binding Verbote und Gebote von Handlungen, die den „handlungsfähigen Menschen als Richtschnur für ihr Verhalten und zwar als Schranke ihrer Freiheit dienen.“ Normen sagen den Menschen, was sie nicht dürfen und was sie müssen.<sup>51</sup> Es lässt sich indes bezweifeln, dass sich aus der schlichten

<sup>49</sup> Dazu *Engländer*, RW 2013, 193, 207; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 358; *Kubiciel*, ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.

<sup>50</sup> So fragend *Herzberg*, GA 2016, 737, 750. In der Sache ebenso *Hoyer* (Fn. 27), S. 42 ff. Siehe auch *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 41.

<sup>51</sup> *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 156 f.

Umwandlung des ersten Teiles eines Straftatbestandes in ein Ge- oder Verbot eine hinreichend präzise Richtschnur für das Handeln ableiten lässt.<sup>52</sup> Wer etwa im StGB Antworten auf die Frage sucht, welches Verhalten ihm im Umgang mit fremdem Leben verboten ist, wird in den Straftatbeständen des Mordes, des Totschlags, der Tötung auf Verlangen oder der fahrlässigen Tötung auch dann keine Richtschnur finden, wenn er die Straftatbestände in Verbote umwandelt.

Bindings Antwort auf das Problem der Unbestimmtheit von Straftatbeständen ist einfach: Häufig, schreibt er, fänden sich die Normen nicht, wie es im Zeitalter der Kodifikationen naheläge anzunehmen, in Straftatbeständen oder Gesetzen, da sie keiner gesetzlichen Formulierung bedürften.<sup>53</sup> Sie seien vielmehr „als Erbschaft von Jahrtausenden jedermann geläufig“.<sup>54</sup> Er verweist folglich auf soziale Verhaltensstandards, mit deren Hilfe die vom Straftatbestand in Bezug genommenen Verhaltensnormen konkretisiert werden sollen. Derartige informelle Regeln der Gesellschaft sind zwar für sich keine Rechtsnormen. In dem Moment aber, in dem sich ein Straftatbestand, etwa durch einen Konkretisierungsbedürftigen Begriff, auf solche Regeln bezieht, komplettieren diese die Verhaltensnorm und erhalten gemeinsam mit der Verhaltensnorm den Status einer Rechtsnorm.<sup>55</sup> Statte der Gesetzgeber eine Regel,

„die sich auf irgend welchem Gesellschaftsgebiete unverbindlich herausgebildet hat, mit seiner Autorität aus – und dies tut er nicht nur, wenn er sie zum Gesetz erhebt, sondern auch dann wenn er ihre Uebertretung mit Straffolge bedroht –, so erhebt er sie damit zum Rechtsatz [...]“.<sup>56</sup>

Mit der Einbeziehung sozialer Verhaltensstandards bei der Konkretisierung von Verhaltensnormen flexibilisiert Binding zum einen die Auslegung des Rechts. Denn wenn „das Gesetz denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt“<sup>57</sup>, liegen ihm keine statischen Verhaltensnormen zugrunde, die – gleichsam hydraulisch – auf die Normadressaten einwirken und die Entwicklung der Gesellschaft hemmen oder in eine Richtung leiten. Die Verhaltensnormen und mit ihnen die Straftatbestände sind vielmehr bis zu einem gewissen Grad in der Lage, soziale Entwicklungen zu reflektieren und sich gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Zum anderen erkennt Binding das Prinzip der Selbstkoordination der Gesellschaft an. Diesem – liberalen – Prinzip zufolge überlassen Straftatbestände wie §§ 222, 229 StGB den Bürgern die Entscheidung, wie sie ihre Rechtskreise so organisieren, dass aus ihnen

<sup>52</sup> Vgl. zu diesen Zweifeln *Herzberg*, GA 2016, 737, 752; *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 53 f.

<sup>53</sup> *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 11.

<sup>54</sup> *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 159.

<sup>55</sup> Vgl. *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 82.

<sup>56</sup> *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 161.

<sup>57</sup> Ebd., S. 456.

heraus Leib und Leben anderer nicht beeinträchtigt werden.<sup>58</sup> Beide Folgen entsprechen nicht dem verbreiteten Bild einer etatistischen Normentheorie, die Normen ausschließlich als staatliche Befehle begreift, denen die Bürger als Untertanen des Staates Gehorsam schulden,<sup>59</sup> sondern sind moderner und liberaler, als ihre Herkunft vermuten lässt.

### 3. Zwischenergebnis

Binding muss sich folglich keine theorieimmanenten Schwächen vorhalten lassen: Folgt man seinen rechtstheoretischen Weichenstellungen, erweisen sich die von ihm gezogenen Konsequenzen als folgerichtig.<sup>60</sup> Zudem lässt sich seine Normentheorie mit einigem guten Willen auch deutlich liberaler und moderner interpretieren, als dies gemeinhin üblich ist. Und schließlich reflektiert seine Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm den Umstand, dass Verhaltensnormen einerseits auf freiwillige Befolgung und eine latente soziale Akzeptanz angewiesen sind, um wirklichkeitsmächtig zu sein, andererseits aber die Verletzung besonders wichtiger Verhaltensnormen sanktioniert werden muss, um einem schleichenden Geltungsverlust entgegenzuwirken. Eine Rechtstheorie muss, der komplexen Natur ihres Gegenstandes entsprechend, beide Dimensionen abdecken.<sup>61</sup> Bindings Normentheorie leistet dies auf eine eigentümliche Weise. Dass die Strafrechtswissenschaft kritische Distanz zu Binding und seinem Hauptwerk hält, muss also andere als rechtstheoretische Gründe haben.

## IV. Normentheorie und Strafrechtswissenschaft

Hans Welzel und Eberhard Schmidt attestierten dem 1841 in Frankfurt am Main geborenen Binding eine „durch und durch liberale Rechts- und Staatsauffassung“.<sup>62</sup> Sie konnten sich dabei – unter anderem – auf eine zentrale Passage in Bindings Werk berufen, in der dieser nach dem Zweck der Ge- und Verbote, also der Normen, fragt. Beschränkten diese die Willkür des Einzelnen zu nichts anderem, als ihm Gehorsam zu lehren?

<sup>58</sup> Dazu *Pawlik*, *Unrecht* (Fn. 5), S. 179 f.

<sup>59</sup> Für dieses Verständnis der Normentheorie Bindings s. *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 39: Der Bürger solle nicht denken, sondern nur handeln, nicht entscheiden, sondern gehorchen. Vgl. ferner *Renzikowski*, *ARSP-Beiheft* 104 (2005), 115, 116.

<sup>60</sup> So auch *Hilliger* (Fn. 2), S. 30.

<sup>61</sup> Treffend *Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie* H.L.A. Harts, 1993, S. 79.

<sup>62</sup> *Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, S. 304; *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 51 (dort Anm. 5).

„In der Tat, diese Auffassung wäre des Rechts unwürdig. Dazu bestimmt, die menschliche Freiheit in höchst möglichem Umfang sicher zu stellen, kann ihm deren Beschränkung nicht Selbstzweck sondern nur Mittel zum Zweck sein.“<sup>63</sup>

Dessen ungeachtet haben sich in den vergangenen Jahrzehnten vor allem diejenigen Gehör verschafft, die in Binding einen Anhänger eines autoritären Staatsverständnisses sehen.<sup>64</sup> Diese Einordnung beruht nicht nur auf einer einseitigen Interpretation seiner Normentheorie,<sup>65</sup> sondern liegt auch daran, dass Binding lange Zeit als der Protagonist des sogenannten Schulenstreits historisiert worden ist, der eine als veraltet geltende vergeltungstheoretische Legitimation der Strafe verteidigt und den Gedanken einer – als grundsätzlich modern „gelabelten“ – Zweckstrafe bekämpft hat.<sup>66</sup> Auch wenn sich seit einiger Zeit die Stimmen jener mehren, die nicht das Trennende, sondern das Verbindende zwischen den Positionen in den Blick nehmen,<sup>67</sup> indem sie die zweckrationale Begründungslinie in Bindings Straftheorie herausstreichen,<sup>68</sup> steht Binding bis heute im Verdacht, Vertreter eines anachronistischen und antiliberalen Rechtsdenkens zu sein.<sup>69</sup> Dabei ließe sich Bindings Straftheorie, der zufolge die Strafe auf den in der Straftat liegenden rechtsfeindlichen Angriff „mit der Unterwerfung des Unbotmäßigen unter die Herrlichkeit des Rechts“ zum Zweck der „Aufrechterhaltung der Autorität der verletzten Gesetze“<sup>70</sup> reagiere, durchaus als eine Kennzeichnung der positiven Generalprävention lesen. Dies geschieht jedoch nur selten: Zu sehr scheinen die anachronistisch wirkenden Formulierungen die dahinter stehenden Gedanken zu überlagern.

Es kommt hinzu, dass sich Bindings Methodik keiner der Denkschulen zuordnen lässt, die seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges die Debatten prägten. So scheiterte zunächst der Versuch Kaufmanns, Bindings Normentheorie in den strafrechtlichen Finalismus einzubetten, der in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik tonangebend war.<sup>71</sup> Vor allem aber brach die Vormachtstel-

<sup>63</sup> Dazu und zum Folgenden *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 51 f.

<sup>64</sup> Statt vieler *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 39; *Renzikowski*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115 ff.; *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2016, S. 133.

<sup>65</sup> Vgl. *Kotsoglou* (Fn. 6).

<sup>66</sup> Dazu und zum Folgenden *Naucke*, in: FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 559 ff.

<sup>67</sup> Zu autoritären Zügen im Werk beider Denker s. *Koch*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 127 ff.

<sup>68</sup> So auch *Naucke* (Fn. 66), S. 562.

<sup>69</sup> Vgl. *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 38 f.

<sup>70</sup> *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 61, 76, 86.

<sup>71</sup> Zur Bedeutung des Finalismus in der frühen Bundesrepublik *Neumann*, in: Frisch u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. 157 ff.

lung des Finalismus Ende der 1960er und 1970er Jahre zusammen,<sup>72</sup> stattdessen setzte sich ausgerechnet jene kriminalpolitisch-präventionstheoretische Schule durch, die sich in die Traditionslinie von Bindings Gegner stellte: Franz von Liszt.<sup>73</sup> Dessen Methodik hatte Binding einst vorgeworfen, dem Recht „philosophische, psychologische, ethische, wirtschaftliche, politische, sociologische, medizinische“ Anschauungen unterzuschieben.<sup>74</sup> Dieser Vorwurf traf nun die Nachfahren von Liszts, aber auch jene, die sich ab den 1980er Jahren wieder verstärkt um eine rechtsphilosophische Fundierung der Strafrechtsdogmatik bemühten. Kurzum: Bindings Positionen gingen an den Grundüberzeugungen großer Teile der Strafrechtswissenschaft der Nachkriegszeit vorbei, standen sogar teils in offenem Konflikt mit diesen. Ohne Verbündete lassen sich strafrechts- und verbrechenstheoretische Schlachten indes nicht gewinnen.

Vor allem aber liegt die geringe Rezeption von Bindings Normentheorie daran, dass sie (nicht selten unreflektierten) verbrechenstheoretischen Grundannahmen der Strafrechtswissenschaft zuwiderläuft. Insbesondere passt sie nicht zu einer Strafrechtstheorie, die um das Rechtsgut bzw. um die Verletzung von Rechtsgütern kreist und den Gedanken der Pflichtverletzung in die Hinterzimmer der Allgemeinen Verbrechenslehre verbannt. Ideengeschichtlich erklären lässt sich diese Zurückdrängung der Bedeutung der Pflichtverletzung und die Aufwertung des Rechtsgutsbegriffs mit dem seit den 1960er Jahren deutlich artikulierten Bestreben, nicht mehr die Bindung des Einzelnen an rechtliche und sittliche Pflichten in das Zentrum strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Überlegungen zu rücken,<sup>75</sup> sondern den Einzelnen selbst und seine Rechtsgüter.<sup>76</sup> Der Blick richtete sich also nicht mehr primär auf den Täter und dessen Pflichtverletzung, sondern auf das Opfer und seine Rechtsgutseinbußen. Dazu passt, dass die herrschende Meinung die Pflichtverletzung nur bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten deutlicher herausstreicht, während es bei der Prüfung eines vorsätzlichen Begehungsdeliktens nur vergleichsweise versteckt – als Teilelement der objektiven Zurechnung – aufscheint.<sup>77</sup> Dass dieser wenig stringente Umgang mit dem Element der Pflichtverletzung der Schaffung einer systematisch-umfassenden Allgemeinen Verbre-

<sup>72</sup> Zur Bedeutung bzw. dem Bedeutungsverlust des Finalismus in den 1970er Jahren s. *Frisch*, in: ders. u. a. (Fn. 71), S. 217 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *Roxin*, ZStW 82 (1969), 613 ff.

<sup>74</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2/1, 2. Aufl. 1914, S. VIII.

<sup>75</sup> Die Pflichtenbindungen des Einzelnen noch deutlich betonend *Jescheck*, Recht und Staat, Heft 198/199 (1957), S. 8.

<sup>76</sup> Näher dazu *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012; *Kubiciel*, in: Löhnig u. a. (Hrsg.), Reform und Revolte, 2012, S. 217 ff.

<sup>77</sup> Bezeichnend ist, dass *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1 (Fn. 4), § 11 Rn. 65, in seiner Darstellung der Lehre von der objektiven Zurechnung nicht die Schaffung einer rechtlich missbillig-

chenslehre im Wege steht, wird dabei zumeist ignoriert,<sup>78</sup> da die Strafrechtswissenschaft dem didaktischen Nutzen des gegenwärtig verwendeten Lehrgebäudes größere Bedeutung beimisst als dem Ziel axiologischer Geschlossenheit. Auch darin liegt ein fundamentaler strafrechtswissenschaftstheoretischer Unterschied zu Binding.

Schließlich verträgt sich Bindings Normentheorie und ihre Entfaltung auf die Verbrechenslehre nicht mit der Trennung von Unrecht und Schuld bzw. der Anerkennung eines sogenannten schuldlosen Unrechts.<sup>79</sup> Es sind also derartige kleinere und größere strafrechts- und verbrechenstheoretische Gründe, die einer stärkeren Rezeption Bindings bis in die jüngste Vergangenheit im Wege standen, keine grundlegenden Schwächen seiner Normentheorie. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Strafrechtswissenschaft Bindings Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen dort nutzt, wo dies mit einem strafrechtskritisch-liberalen Impetus und ohne Friktionen mit den herrschenden verbrechenstheoretischen Grundüberzeugungen möglich ist: auf dem Gebiet der Kriminalpolitik, genauer: bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von Straftatbeständen.

### 1. Kriminalpolitik

Nach einer verbreiteten Auffassung ist die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen „hilfreich, wenn nicht gar unverzichtbar“ für die verfassungsrechtliche Prüfung von Straftatbeständen, da erst diese Unterscheidung die verschiedenartigen Eingriffe und Eingriffstiefen von Straftatbeständen zeigen soll.<sup>80</sup> So hat Lagodny in seiner Habilitationsschrift *Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* zwischen Verhaltens- und Sanktionsvorschriften unterschieden.<sup>81</sup> Den Begriff „Normen“ vermeidet Lagodny zwar sorgsam, er erkennt aber an, dass die Unterscheidung „in der Sache“ auf Binding zurückzuführen sei.<sup>82</sup> Von dieser Unterscheidung ausgehend betont er, dass die Legitimation eines Straftatbestandes zweierlei bedürfe. Notwendig sei zum einen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Verhaltensvorschrift, da diese die

---

ten Gefahr betont, sondern nur den Ausnahmefall, d. h. die Fälle einer *erlaubten* Gefahrschaffung.

<sup>78</sup> Siehe hingegen Pawlik, Unrecht (Fn. 5), S. 157 ff.

<sup>79</sup> Zur „Unmöglichkeit“ eines schuldlosen Unrechts auf Grundlage einer normtheoretischen Untersuchung mit umfangreichen weiteren Nachweisen Rostalski, in: Schneider/Wagner (Fn. 2), S. 105 ff. – An der Trennung von Unrecht und Schuld festhaltend Greco, GA 2009, 636 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Burghardt, in: Schneider/Wagner (Fn. 2), S. 59.

<sup>81</sup> Lagodny, *Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 6 ff., 55 ff., 137 ff.

<sup>82</sup> Ebd., S. 81.

grundrechtlich garantierte Freiheit des Einzelnen einschränke, zum anderen eine verfassungsrechtliche Legitimation der spezifisch strafrechtlichen Rechtsfolge: der Bestrafung, die nicht nur in grundrechtliche Freiheiten, sondern auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife.<sup>83</sup> Andere Autoren haben sich dem – bei Unterschieden im Detail – angeschlossen,<sup>84</sup> teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Binding.<sup>85</sup>

Auch wenn die Verhaltensnorm zunächst für sich und ohne Blick auf die Sanktion „als Richtigkeitsbehauptung“ zu legitimieren ist,<sup>86</sup> so ermöglicht die analytische Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm mehr als nur die Differenzierung der jeweils einschlägigen Grundrechtsgewährleistungen. So ist zum einen zu prüfen, ob das kriminalisierte Verhalten überhaupt „gegen fundierbare rechtliche Verhaltensnormen“ verstößt,<sup>87</sup> was sich etwa bei § 217 StGB mit guten Gründen bezweifeln lässt. Zum anderen ermöglicht die normtheoretische Unterscheidung die Einsicht, dass die Kriminalisierung nach einer zusätzlichen Legitimation verlangt, bei der die „Adäquität des Einsatzes der Strafe“<sup>88</sup> zu begründen ist. Wird diese Unterscheidung eingegeben, wie dies das Bundesverfassungsgericht in seiner Inzest-Entscheidung getan hat<sup>89</sup>, bleiben Legitimationsprobleme offen.

Dennoch: Die Einsicht, dass der Gesetzgeber sowohl die Schaffung einer Verhaltensnorm als auch einer Sanktionsnorm rechtfertigen und dabei unterschiedliche Grundrechtsstandards beachten muss, legt lediglich den verfassungsrechtlichen Rahmen frei. Die entscheidende Frage, *ob* die jeweiligen Normen vor den Schranken des Grundgesetzes Bestand haben können, bleibt hingegen offen. Antworten auf diese Fragen werden sich indes weder im Verfassungsrecht noch gar in der Rechtstheorie finden lassen. Denn die Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten einerseits und Schutzinteressen andererseits ist auf die Zuführung materialer Entscheidungskriterien unterschiedlicher Provenienz angewiesen, die Verfassung und Normentheorie nicht bereitstellen können.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> Ebd., S. 6, 72 ff. Ähnlich *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 559 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 351 ff.

<sup>84</sup> *Appel* (Fn. 83); *Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, S. 305 f.

<sup>85</sup> *Appel* (Fn. 83), S. 79 f.; *Kaspar* (Fn. 83), S. 363 f.

<sup>86</sup> *Jakobs* (Fn. 42), S. 10.

<sup>87</sup> So *Frisch*, NSTZ 2016, 16 f.; *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 123 ff.

<sup>88</sup> *Frisch*, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 69, 85 ff.; *Kudlich*, JZ 2003, 127, 129.

<sup>89</sup> BVerfGE 120, 224, 238 ff. S. zu anderen Fällen auch *Gaede* (Fn. 84), S. 307, mit Verweis auf BVerfGE 71, 206, 214 ff.

<sup>90</sup> Dazu *Greco*, in: Brunhöber u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 ff.; *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 123 ff.

## V. Schluss

Das größte Erklärungspotenzial von Bindings Normentheorie liegt nicht auf dem Feld der Kriminalpolitik, sondern dem der Allgemeinen Verbrechenslehre. Dieses Potenzial schöpft die Strafrechtswissenschaft bislang nur in einem geringen Maße aus, ohne dass einer Annäherung an Bindings Lehren zwingende rechtstheoretische und strafrechtstheoretische Gründe entgegenstünden. Im Gegenteil: Erkennt man mit Binding an, dass ein Verhaltensnormverstoß Grundbedingung der Strafbarkeit ist, ermöglicht dies nicht nur Antworten auf Einzelfragen, wie jene nach dem Verhältnis von Unrecht und Schuld. Sichtbar könnte auch die Basis für eine Restrukturierung der Allgemeinen Verbrechenslehre werden, deren Ziel die Schaffung eines verbrechenstheoretischen Systems ist. Einem solchen Vorhaben würde Binding seinen Respekt selbst dann nicht versagen, wenn der Ertrag ein anderer wäre als der, den Binding in seinem großen Werk mit dem schlichten Namen *Die Normen und ihre Übertretung* der Nachwelt überlassen hat.