

**HANS JOACHIM HIRSCH**

# **Strafrechtliche Probleme**

**Schriften aus drei Jahrzehnten**



**Duncker & Humblot · Berlin**

*Hans Joachim Hirsch* · Strafrechtliche Probleme

**Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**

Herausgegeben von

**Klaus Bernsmann, Hans Joachim Hirsch**

**Günter Kohlmann, Michael Walter**

**Thomas Weigend**

**Professoren an der Universität zu Köln**

**Band 29**

HANS JOACHIM HIRSCH

# Strafrechtliche Probleme

Schriften aus drei Jahrzehnten

Herausgegeben von

Günter Kohlmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hirsch, Hans Joachim:**

Strafrechtliche Probleme : Schriften aus drei Jahrzehnten / von Hans Joachim Hirsch. Hrsg. von Günter Kohlmann. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 29)

ISBN 3-428-09750-5

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-09750-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Am 11. April 1999 vollendet der verehrte Kollege

Universitätsprofessor Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch

sein 70. Lebensjahr.

Als akademischer Lehrer und Forscher hochgeschätzt und vielfach geehrt, kann er auf ein umfangreiches wissenschaftliches Werk verweisen, das seinesgleichen sucht.

Seine Veröffentlichungen haben die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in den letzten dreißig Jahren mitgeprägt und beeinflusst. Ihre Bedeutung reicht über den Tag hinaus.

Dies und der Umstand, daß sie nicht immer leicht zugänglich sind, führte zu dem Entschluß, den vorliegenden Band zusammenzustellen.

Die Vielzahl der Beiträge aus der Feder des Jubilars machte eine Auswahl unerläßlich. Sie erwies sich als schwierig. Ich habe mich von der Überlegung leiten lassen, welche der Jubilar wohl selbst für den Band ausgewählt hätte.

Es bleibt die Hoffnung, daß die Auswahl geglückt ist und vor allem, daß ihm der umfangreiche Band Freude bereitet.

COLLEGAE BENEMERENTI

AD MULTOS BENEDICTOSQUE ANNOS

Köln, im Januar 1999

*Günter Kohlmann*



# Inhaltsverzeichnis

## Grundsätzliche Fragen

Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht (Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, S. 304-327) .....	3
Bilanz der Strafrechtsreform (Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlin 1986, S.133-165).....	25
Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel (Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 399-427)..	60
Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht (Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin 1989, S. 19-40) .....	93
Rechtsstaat und Strafrecht (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Seria doktorzy honoris causa Nr. 14, Poznań 1991, S. 36-50) .....	115
Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? (Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin 1992, S. 43-58) .....	128
25 Jahre Entwicklung des Strafrechts (25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland – 25 Jahre Juristische Fakultät Re- gensburg, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg Heft 11, München 1993, S. 35-56) .....	144
Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminali- tät (Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht, Hirsch, Hofmański, Pływaczewski, Roxin [Hrsg.], Biały- stok 1996, S. 33-53) .....	162



Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht (Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 342, Opladen 1996, 32 S.) .....	180
---	-----

### **Allgemeiner Teil**

Soziale Adäquanz und Unrechtslehre (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 74(1962), S. 78-135).....	213
Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte (Goldammer's Archiv 1972, S. 65-78) .....	269
Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs (Festschrift für Eduard Dreher, Berlin 1977, S. 211-233) .....	288
Strafrecht und rechtsfreier Raum (Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 89-115) .....	310
Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 93 [1981], S. 831-863) ....	336
Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II) (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 94 [1982], S. 239-278) .....	366
Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot (Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, Tokio 1985, S. 50-68) .....	405
Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt (Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 111-133) ...	422
Hauptprobleme des dogmatischen Teils der deutschen Strafrechtsreform (Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium 1986. Hirsch [Hrsg.], Baden-Baden 1987, S. 47-79) .....	448

Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht. Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben (Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 699-721) .....	475
Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 102 [1990], S. 534-562) ...	501
Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem (Rechtfertigung und Entschuldigung III. Eser und Perron [Hrsg.], Freiburg 1991, S. 27-54) .....	529
Gefahr und Gefährlichkeit (Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Köln 1993, S. 545-563) ...	556
Können strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere der rechtfertigende Notstand, als Ermächtigungsgrundlage für hoheitliche Eingriffe dienen? (Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka, Kraków 1993, S. 111-130) .....	577
Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 324, Opladen 1993, 28 S. ) .....	597
Konkrete und abstrakte „Gefährungsdelikte“ (Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, S. 151-163) .....	623
Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 106 [1994], S. 746-765) ...	637

### **Besonderer Teil**

Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 83 [1971], S. 140-176) ....	659
Einwilligung und Selbstbestimmung (Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 775-800) .....	692

Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung (Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, S. 307-329).....	718
Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland (Beiträge zum VI. Deutsch-jugoslawischen Juristentreffen 1980, Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, hrsg. von Jescheck, Berlin 1981, S. 2-38).....	739
Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB) (Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1983, S. 235- 255).....	772
Entwicklungstendenzen der Reform des Besonderen Teils (insbesondere aus der Sicht des bundesdeutschen Strafrechts) (Libro homenaje al Luis Jiménez de Asúa, Madrid 1986, S. 381-396 [spanisch])	797
Behandlungsabbruch und Sterbehilfe (Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 597-620) .....	814

### **Strafverfahrensrecht, Strafrechtsvergleichung, Rechtstheorie**

Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens (Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, S. 815-836) .....	841
Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland. Unter Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 92 [1980], S. 218-254) .....	863
Gegenwärtige Tendenzen zur Reform des Strafprozeßrechts in der Bundesrepublik Deutschland (Zeszyty Naukowe. Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, Band 12, Danzig 1984, S. 80-102) .....	897
Probleme der Körperverletzungsdelikte nach deutschem und japanischem Strafrecht im Vergleich (Recht in Ost und West. Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, Tokio 1988, S. 853-872).....	912

Die Regelung des Notstands im deutschen und spanischen Strafrecht im Vergleich (Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, S. 59-76 [spanisch]).....	932
Richterrecht und Gesetzesrecht (Juristische Rundschau 1966, S. 334-342) .....	955
Sachverzeichnis.....	981



## **Grundsätzliche Fragen**



# Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht

1969

## I.

1) Durch den Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 6.7.1955 (BGHZ 18, 149) und die seitherige st. Rspr. ist, vom strafrechtlichen Schrifttum kaum beachtet<sup>1</sup>, eine Frage wieder aktuell geworden, die bis Anfang des Jahrhunderts gerade auch von den Kriminalisten auf das Lebhafteste diskutiert worden war: die Frage der Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht<sup>2</sup>.

2) In dem Plenarbeschluß wird abweichend von BGHZ 7, 223 und 10, 104 die Ansicht vertreten, daß dem Schmerzensgeld (§ 847 BGB) im Unterschied zum Ersatz des Vermögensschadens *nicht* der Gedanke des *Schadensausgleichs* als alleiniges Prinzip zugrunde liege. Der Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB sei vielmehr ein Anspruch eigener Art mit einer doppelten Funktion: Er solle dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind, zugleich aber auch dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Schädiger dem Geschädigten *Genugtuung* schulde für das, was er ihm angetan hat. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes könnten somit grundsätzlich *alle* in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt werden, die dem einzelnen Schadensfall sein besonderes Gepräge gäben, insbesondere der Grad des Verschuldens sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten. Auf Grund des Genugtuungsgedankens sei es daher zulässig, Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit oder günstige wirtschaftliche Verhältnisse zuungunsten, besonders leichte Fahrlässigkeit dagegen zugunsten des Schädigers in Ansatz zu bringen. Auch müsse dem Tatrichter die Befugnis zustehen, das Schmerzensgeld für die

---

<sup>1</sup> Die einzige Stellungnahme von strafrechtlicher Seite bildet bisher ein Aufsatz von *Hellmer*, H. Mayer-Festschrift, S. 665 ff.

<sup>2</sup> Aus dem damaligen Schrifttum sind besonders hervorzuheben: *A. Merkel*, Abhandlungen I, 1867, S. 57 ff.; *Binding*, Normen I, 2. Aufl., 1890, S. 270 ff., 284 ff. (mit weit. Nachw.); v. *Liszt*, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Rechts, 1898, S. 1 ff.; *Graf zu Dohna*, Die Privatgenugtuung, Vergl. Darst. Alg. Teil I, S. 225 ff.



die Folgen eines Verbrechens höher festzusetzen als beispielsweise für die äußerlich gleichen Folgen eines Fehlverhaltens im Verkehr<sup>3</sup>.

Daß unter Genugtuungsgesichtspunkten vor allem ein den Schadensausgleich *übersteigendes* Schmerzensgeld zulässig sein soll, ist inzwischen durch die weitere Judikatur bestätigt worden. So ist im BGH VersR 1961, 164 die Rede von einem „besonderen Grad des Verschuldens, der eine Erhöhung des Schmerzensgeldes über den sonst gebotenen Betrag hinaus rechtfertigen würde“. Und ein zusätzlicher Schritt wird - im Anschluß an *Larenz*<sup>4</sup> - in BGHZ 35, 363 (Ginseng-Fall) getan. Hieß es im Plenarbeschluß noch, daß der Ausgleichsgedanke auch fernerhin „an der Spitze“ stehe, wird nun weitergehend erklärt, daß bei Verletzungen des sog. allg. Persönlichkeitsrechts die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes gegenüber der Ausgleichsfunktion durchaus in den Vordergrund trete<sup>5</sup>.

Das zivilrechtliche Schrifttum hat sich der Genugtuungslehre inzwischen ganz überwiegend angeschlossen<sup>6</sup>. Auch die zivilrechtliche Abteilung des 45. Deut-

---

<sup>3</sup> Ansätze zu der im Plenarbeschluß vertretenen Auslegung des § 847 BGB finden sich übrigens schon in der Rspr. des RG, worauf der Große Zivilsenat auch ausdrücklich hinweist. In der im Jahre 1932 ergangenen Entscheidung RGZ 136, 60 hieß es erstmals, daß es möglich sei, für die Höhe des Schmerzensgeldes ein besonders grobes Verschulden des Schädigers zu berücksichtigen; denn es könne auf den Geschädigten verbitternd wirken. Schon seit RGZ 63, 104 wurden die Vermögensverhältnisse des Schädigers, aber auch des Geschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung mit herangezogen. Während diese Dinge jedoch damals lediglich im Rahmen allgemeiner Billigkeitserwägungen auftauchten - § 847 BGB spricht von billiger Entschädigung - und deshalb noch nicht in einer dogmatischen Konzeption der Schadensersatzjudikatur ihren Niederschlag gefunden hatten, sind sie durch BGHZ 18, 149 auf juristische Formeln gebracht worden und haben eine die Grundprinzipien der Schadensersatzlehre in Bewegung bringende, tiefgreifende Bedeutung erlangt. Theoretische Ansätze hierzu finden sich bereits bei *Heinrich Stoll*, Vertrag und Unrecht II, 1936, S. 202, der neben dem „Ausgleichszweck“ (Wiedergutmachung) einen „Genugtuungszweck“ („ideelle Genugtuung für das durch die Störung der Gemeinschaftsordnung verletzte Rechtsempfinden“) annahm. Gegen die Beschränkung auf den Ausgleichsgedanken auch schon ausdrücklich *Heinrich Lange*, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, S. 64.

<sup>4</sup> NJW 1958, 828.

<sup>5</sup> Weitere Entscheidungen bei *Hellmer*, a.a.O.

<sup>6</sup> *Enneccerus-Lehmann*, 15. Aufl., S. 1005 (allerdings dort Bedenken bzgl. der Anrechnung der Vermögensverhältnisse des Schädigers); *Erman-Drees*, 4. Aufl., 2 u. 3 b bb zu § 847 BGB; *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl., S. 922 ff. (insbes. S. 924); *Fikentscher*, Schuldrecht, S. 610; *Larenz*, Schuldrecht II, 8. Aufl., S. 469 f; *Palandt-Gramm*, 27. Aufl.,

schen Juristentages hat sich - durch ein von *Hans Stoll* erstattetes Gutachten bestärkt<sup>7</sup> - mit Mehrheit für sie ausgesprochen<sup>8</sup>. Nicht zuletzt findet sie sich in der Neufassung des § 847 BGB, wie sie im vormaligen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes vom 18.10.1959 und jetzt im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom Januar 1967 vorgehen ist.

Die Problematik der Genugtuungslehre wird bisher so behandelt, als gehe es um eine rein zivilrechtliche Angelegenheit. Wenn jedoch bei einem deliktischen Verhalten auf den auszugleichenden immateriellen Schaden ein weiterer Betrag unter Genugtuungsgesichtspunkten draufgeschlagen werden kann, weil der Täter sich „besonders schuldhaft“<sup>9</sup>, verhalten hat (z.B. bei einer Beleidigung zu dem auszugleichenden immateriellen Schaden von 5000 DM weitere 15 000 DM wegen des besonderen Grades des Verschuldens), so sind das Entwicklungen, die dem Strafrecht kaum gleichgültig bleiben können. Erhebt sich doch die Frage, ob sich hinter dem Genugtuungsgedanken nicht die als überwunden geltende *Privatstrafe* verbirgt - wie das schon von *Bötticher* eingewandt worden ist<sup>10</sup> - und damit die Funktionsteilung von Zivilrecht und Strafrecht berührt wird.

3) Aus dem schillernden Begriff „Genugtuung“ allerdings läßt sich für die Frage, ob es hier um die Privatstrafe geht, nicht ohne weitere etwas entnehmen. Eine Genugtuungswirkung hat es für den Geschädigten auch, daß der schuldige Schädiger zum Ausgleich des Schadens verurteilt wird. *Alle* den Schädiger belastenden Rechtsfolgen der rechtswidrig-schuldhaften Tat haben einen mehr oder weniger großen Genugtuungseffekt. Es kommt daher auf das „Wie“ der Genugtuung: die Art der betreffenden Maßnahme an. Dieses „Wie“ besteht bei der Genugtuungslehre des BGH darin, daß zum Zwecke der Genugtuung des Geschä-

---

1 b u. 4 zu § 847 BGB; RGRK (*Kreft*), 11. Aufl., 7 zu § 847 BGB; *Soergel-Siebert-Schräder*, 9. Aufl., 3 u. 10 zu § 847 BGB.

Jedoch sind *Palandt-Gramm*, 27. Aufl., 6 i zu § 823, 1 zu § 847 BGB dem BGH nicht bei der späteren Erstreckung des § 847 BGB auf das sog. allg. Persönlichkeitsrecht gefolgt. Zweifelnd insoweit auch *Fikentscher*, a.a.O. S. 570, 610.

<sup>7</sup> Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schaden? in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages I 1.

<sup>8</sup> Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages II, S. C 113 ff, C 128.

<sup>9</sup> Dabei braucht hier nicht weiter differenziert zu werden, inwieweit das besondere Verschulden sich als Folge eines erhöhten Handlungsunwerts (personale Unrechtslehre) ergibt.

<sup>10</sup> MDR 1963, 357 ff.; Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages II, S. C 20, C 114 ff.