

V&R unipress

Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Neue Folge

Band 1

Herausgegeben von
Udo Di Fabio, Urs Kindhäuser und Wulf-Henning Roth

Ingeborg Puppe

Strafrechtsdogmatische Analysen

V&R unipress
Bonn University Press



Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

ISBN 3-89971-293-5

Veröffentlichungen der Bonn University Press erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.

© 2006, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. Hinweis zu § 52a UrhG: Weder das Werk noch seine Teile dürfen ohne vorherige schriftliche Einwilligung des Verlages öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies gilt auch bei einer entsprechenden Nutzung für Lehr- und Unterrichtszwecke. Printed in Germany.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

VORWORT.....	13
BESORGTER BRIEF AN EINEN KÜNFTIGEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFTLER.....	19
JURISTISCHE METHODENLEHRE FÜR DIE STRAFRECHTSHAUSARBEIT	27
Der Affe und die Banane oder was ist Intelligenz	27
Die Ausgangsfrage.....	28
Erst einmal eine Definition (?).....	31
Die Kunst, Streit zu vermeiden.....	37
Endlich ein Theorienstreit.....	42
Reklame oder Plagiat.....	44
Die juristischen Schlussformen.....	48
Enge oder weite Auslegung eines Gesetzesbegriffes.....	56
Kleiner Trockenkurs im Argumentieren.....	59
Beliebte logische Fehler.....	68
Das Geheimnis der Subsumtion.....	73
VOM UMGANG MIT DEFINITIONEN IN DER JURISPRUDENZ.....	79
Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten.....	79
Disjunktive Definitionen oder vom Hin- und Herwandern des Blickes	83
Teildefinitionen oder Tipps für Kommentatoren und Rechtslehrer	87
Typusbegriffe oder vom abstrakten Ordnungsdenken und konkreten Trennungsdenken.....	90
DER ERFOLG UND SEINE KAUSALE ERKLÄRUNG IM STRAFRECHT.....	101
Einleitung.....	101
Notwendige und hinreichende Bedingungen	103
Der Erfolg »in seiner ganz konkreten Gestalt«.....	107
Die kausale Erklärung des Erfolges.....	111

Die zureichende Mindestbedingung.....	112
Kumulative Kausalität.....	112
Zur Bestimmung des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolges	114
Quantitative Bestimmungen des Erfolges	118
Die Ausscheidung von Ersatzursachen	122
»Negative Bedingungen« als Ursachen.....	128
Die Kausalität des Unterlassens	132
Abbruch rettender Kausalverläufe	135
Kumulative Kausalität von Unterlassungen und von Verhinderungen rettender Kausalverläufe	137
Zusammenfassung.....	140
ZURECHNUNG UND WAHRSCHEINLICHKEIT	143
Das Risikoerhöhungsprinzip und seine Anwendungen.....	143
Erfolgserklärung in nicht determinierten Bereichen	149
Wahrscheinlichkeitserklärungen im determinierten Bereich	154
Erfolgserklärung durch Wahrscheinlichkeitsregeln	160
Das reale Risiko und die Risikorealisation oder vom Unterschied zwischen einer Wahrscheinlichkeitsprognose und einer Wahrscheinlichkeitserklärung.....	163
DIE ADÄQUATE KAUSALITÄT UND DER SCHUTZZWECK DER SORGFALTSNORM	169
Der Begriff der adäquaten Ursachen bei <i>von Kries</i> und die Generalisierung des Kausalverlaufs.....	169
Eingrenzung des Problems.....	172
Die Mehrdeutigkeit des Kriteriums der generellen Geeignetheit.....	176
Eine Theorie der generellen Ungeeignetheit.....	177
Die Verallgemeinerung natürlicher Ursachen.....	179
Die Verallgemeinerung des Verhaltens anderer Beteiligter	180
Die Verallgemeinerung des Täterverhaltens	182
Zum Einwand der Manipulierbarkeit des Kriteriums der generellen Eignung.....	184

Das Kriterium der generellen Eignung in der verkehrsstrafrechtlichen Rechtsprechung.....	186
Zusammenfassung	187
KAUSALITÄT: EIN VERSUCH, KRIMINALISTISCH ZU DENKEN.....	191
Die Schwarzmäntel	192
Der Alte	195
Ein Weißkittel.....	197
Abschließender Bericht.....	203
WIDER DIE FAHRLÄSSIGE MITTÄTERSCHAFT	205
Eine »Revolution« in der Lehre von der Mittäterschaft.....	205
Kausalitätsersetzende Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt	209
Kausalitätsersetzende Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt.....	212
Die Lösung des Gremienproblems auf der Ebene der Kausalität	215
Die Auseinandersetzung der Verfechter der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft mit der Kausalitätslösung des Gremienproblems	217
Die Unterlassung eines gebotenen Gremiumsbeschlusses.....	221
Praktische Konsequenzen einer fahrlässigen kausalitätsersetzenden Mittäterschaft.....	224
Zusammenfassung	225
DER VORSTELLUNGSINHALT DES DOLUS EVENTUALIS	227
Die zwei Elemente des Vorsatzbegriffs.....	227
Das billigende Inkaufnehmen des Erfolgseintritts	231
Vorsatz als eine besondere Form des Wissens.....	235
Prolegomena zu einem normativen Vorsatzbegriff.....	239
Die Wahrscheinlichkeitstheorie und ihre Renaissance	242
Historischer Exkurs.....	246
Einwände gegen eine Konzeption des Vorsatzes als Wissen um eine qualifizierte Gefahr	254
Absicht und dolus eventualis	261
Zusammenfassung	263

TATIRRTUM, RECHTSIRRTUM, SUBSUMTIONSIIRRTUM	265
Tatbestand und Tatsache	265
Satz und Tatsache.....	270
Tatbestands- und Subsumtionsirrtum.....	272
Tatbestandswissen und Tatbestandsfassung.....	274
Strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum	276
Legaldefinierte Tatbestandsmerkmale	282
Blankettgesetze und Blankettmerkmale	285
Der Irrtum über das Blankettmerkmal	289
Blankettmerkmale und »Umkehrschluss«.....	292
Gesamttatbewertende Merkmale.....	294
Wertprädikate als Tatbestandsmerkmale	296
Zusammenfassung.....	305
DIE LOGISCHE TRAGWEITE DES SOG. UMKEHRSCHLUSSES	309
Einleitung	309
Präzisierung der Umkehrungen.....	313
Zu den logischen Eigenschaften und der Tragweite der vier Umkehrsätze	319
Zur Anwendung 1 von Umkehrsatz I.....	325
Anwendung 1 von Umkehrsatz II	329
Anwendung 1 von Umkehrsatz III.....	330
Zur Anwendung 1 des Umkehrsatzes IV	335
Zwei praktische Beispiele für die doppelte Umkehrprobe	336
Die Anwendung der vier Umkehrsätze auf Irrtümer über normative Tatbestandsmerkmale und allgemeine Verbrechensmerkmale, demonstriert am Verwerflichkeitserfordernis des § 240 Abs. 2 und an der Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht in § 242	339
Der Umkehrschluss in der Rechtfertigungslehre.....	344
Die Anwendung der vier Umkehrsätze auf den Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens	349
Die Umkehrprobe auf der Basis der eingeschränkten Schuldtheorie	350
Ergebnis	351

ZUR REVISION DER LEHRE VOM »KONKRETEN« VORSATZ UND DER BEACHTLICHKEIT DER ABERRATIO ICTUS	355
Allgemeine Voraussetzungen der Zurechnung eines Erfolges zum Vorsatz.....	355
Die Mehrdeutigkeit der Unterscheidung zwischen aberratio ictus und error in objecto.....	359
Die Begriffsbestimmung der aberratio ictus	363
Die Lehre von der Beachtlichkeit der aberratio ictus und der sog. generelle Vorsatz	367
Die aberratio ictus als Abweichung des Kausalverlaufs	371
Der error in objecto als Irrtum über den Kausalverlauf	374
Die aberratio ictus als Irrtum über relevante Opfereigenschaften.....	376
Zusammenfassung	377
Nachtrag.....	378
FUNKTION UND KONSTITUTION DER UNGLEICHARTIGEN IDEALKONKURRENZ	383
Ein Gelehrtenstreit und sein klägliches Ende.....	383
Eine Diskussion über den Satz »Verbrechen ist Handlung«.....	386
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom einzelnen Verbrechen	388
Von der Notwendigkeit ungleichartiger Idealkonkurrenz.....	392
Von der Kunst, die Verbrechen zu zählen	397
Auswirkungen auf die Gesetzeskonkurrenz.....	401
Was ist eine Handlung i. S. von § 52?	405
STRAFRECHT ALS KOMMUNIKATION	409
Omnis mundi creatura quasi liber et scriptura	409
Einige Grundbegriffe der Zeichentheorie	411
Das Verbrechen als Zeichen	413
Die Strafe als Zeichen.....	414
Strafe als Kommunikation auf der pragmatischen Ebene	416
Das rechtsethische Problem der Kommunikation durch Strafe	419
Die Leistung des kommunikationstheoretischen Paradigmas zur Rechtfertigung von Strafe.....	420

Die Rutschbahn der Interpretation	422
Zurechnung als Kommunikation.....	424
Das Verbot der Fiktion von Tatsachen, ein »alteuropäisches« Strafrechtsprinzip.....	426
Wertung contra Interpretation	428
Die Konfusion der semiotischen Ebenen im kommunikationstheoretischen Paradigma.....	429
Schlusswort.....	433
GESPRÄCH IN EINEM WARTEZIMMER ÜBER DIE MACHT UND DIE WISSENSCHAFT.....	435

Die Logik kann nun wiederum in zwiefacher Absicht unternommen werden, entweder als Logik des allgemeinen, oder des besonderen Verstandesgebrauchs. Die erste enthält die schlechthin notwendigen Regeln des Denkens, ohne welche gar kein Gebrauch des Verstandes stattfindet, und geht also auf diesen, unangesehen der Verschiedenheit der Gegenstände, auf welche er gerichtet sein mag. Die Logik des besonderen Verstandesgebrauchs enthält die Regeln, über eine gewisse Art von Gegenständen richtig zu denken. Jene kann man die Elementarlogik nennen, diese aber das Organon dieser oder jener Wissenschaft. Die letztere wird mehrenteils in den Schulen als Propädeutik der Wissenschaften vangeschickt, ob sie zwar, nach dem Gange der menschlichen Vernunft, das späteste ist, wozu sie allererst gelangt, wenn die Wissenschaft schon lange fertig ist, und nur die letzte Hand zu ihrer Berichtigung und Vollkommenheit bedarf. Denn man muss die Gegenstände schon in ziemlich hohem Grade kenn, wenn man die Regeln angeben will, wie sich eine Wissenschaft von ihnen zustande bringen lasse.

Immanuel Kant,
Kritik der reinen Vernunft, A52, B76 f.

Vorwort

Der Rechtswissenschaft wird seit ihrem Entstehen nicht nur von Laien sondern auch von ihren eigenen Adepten Misstrauen, ja Verachtung entgegengebracht. Es gibt kaum eine wissenschaftliche Untugend, deren man die Juristen nicht bezichtigt, von Pedanterie und fruchtloser Streitsucht über die eigens für sie erfundene Rabulistik bis hin zu Käuflichkeit und Opportunismus. Dem stehen drei wissenschaftliche Tugenden gegenüber, die man den Rechtswissenschaftlern früher nachgerühmt hat: Sie seien klare Denker die klare Begriffe bilden, ausgezeichnete Systematiker und hervorragende Logiker. Einst waren die Rechtswissenschaftler stolz all dieses zu sein, heute sind sie eher stolz darauf all dies nicht zu sein. Das Scheitern zweier großartiger rechtswissenschaftlicher Konzepte: Des Positivismuses und des Naturalismuses, hat manche Illusionen der Rechtswissenschaftler sicherlich zu Recht zerstört, aber es hat den Anschein, dass das Pendel nun all zu weit zur Gegenseite ausgeschlagen ist, wie es in der Geistesgeschichte so oft geschieht.

Sicherlich verfügen wir nicht über von Natur aus vorgegebene Begriffe, Gegenstände oder Tatsachen, die wir unseren juristischen Wertungen zugrunde legen könnten. Jede Begriffsbildung, jede Unterscheidung und jede Tatsachenbeschreibung, die wir unseren juristischen Urteilen zugrunde legen, muss also ihrerseits normativ gerechtfertigt werden. Der moderne juristische Normativismus hat das zwar im Prinzip erkannt, daraus aber die Konsequenz gezogen, sich von den Tatsachen völlig zurückzuziehen und auf die Formulierung von Wertbegriffen und Wertungsunterscheidungen zu beschränken. Aber keine Wertung hat einen Sinn, ohne die Tatsache, auf die sie sich bezieht. Deshalb fallen die Normativisten, wenn sie schließlich unvermeidlich zu Tatsachen zurückkommen, in einen unreflektierten Naturalismus zurück, indem sie die nächst beste Tatsachenbeschreibung und Gegenstandsbeschreibung als quasi naturgegeben zugrunde legen, die ihnen gerade in die Feder fliegt.

Das systematische Denken ist in der Strafrechtswissenschaft vor allen Dingen dadurch in Misskredit geraten, dass der Streit um das finale und das sog. kausale Verbrechenssystem, der in den 50er und teilweise auch noch in den 60er Jahren des vorigen Jahrhundert mit der Heftigkeit eines Glaubenskrieges ausgetragen wurde, kläglich im Sande verlaufen ist. Es hat sich herausgestellt, dass die Erkenntnisse, zu denen *Welzel* anhand seiner finalen Handlungslehre gelangt ist, vor allem die Einordnung des Vorsatzes als Unrechtselement statt als Schuld-element, in einem kausalen Verbrechenssystem ebenso gut formulierbar sind. Das ändert aber nichts daran, dass diese Er-

kenntnisse tatsächlich dem neuen finalen Verbrechenssystem zu verdanken sind. Systeme stellen keine ewigen Wahrheiten dar, sondern entwerfen ein Programm zur Gewinnung und Einordnung von Erkenntnissen, zur Reduzierung der Zahl der zu akzeptierenden allgemeinen Sätze und zur Gewährleistung von Konsequenz. Sie sind insofern einem Computerprogramm durchaus vergleichbar. Man kann zwischen verschiedenen solchen Programmen wählen, aber ohne ein solches Programm ist wissenschaftliches Denken und konsequentes Handeln nicht möglich. Ein wissenschaftliches System ist ein Werkzeug des Wissenschaftlers zur Gewinnung und Einordnung seiner Erkenntnisse, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Und was ein guter Handwerker ist, der legt auch Wert auf gutes und gepflegtes Werkzeug.

Auch die Bedeutung der Logik im Recht wurde früher sicher überschätzt. Der juristische Syllogismus, über den in der Methodenlehre der Rechtswissenschaft so viel nachgedacht wird, ist zwar ein logischer Schluss, aber ein sehr trivialer. Bei der Aufstellung eines Syllogismus fällt die Entscheidung nicht bei diesem logischen Schluss, sondern bei der Formulierung des Untersatzes. Andere Argumentationsformen, die früher als logische Schlüsse ausgegeben worden sind, wie z.B. der sog. Analogieschluss und der sog. Umkehrschluss der Auslegungslehre, hat die moderne Logik als nicht gültig erwiesen.

In einem rechtsmethodischen Diskurs über die Bedeutung der Logik in der Rechtswissenschaft würde man sich rasch einig. Ein logischer Schluss ist nur gültig relativ auf seine Prämissen. Es müssen, wie das Beispiel von Analogieschluss und Umkehrschluss zeigt, sehr viel mehr Prämissen aufgestellt werden, um einen Schluss logisch gültig zu machen, als man gemeinhin glaubt. Über die Prämissen kann man sich streiten. Der logische Schluss selbst ist unbestreitbar aber auch kurz und trivial. Nicht trivial ist dagegen die Entdeckung, dass zwischen zwei rechtsdogmatischen Sätzen überhaupt eine logische Abhängigkeit besteht. Die Leistung der Logik im Recht besteht vor allem darin, die Prämissen einer Lehre vollständig offen zu legen statt sie in scheinlogischen Argumentationsmustern zu verstecken. Andererseits dürfte auch Einigkeit darüber bestehen, dass logische Fehler und Widersprüche auch in einer juristischen Argumentation eigentlich nicht sein sollten. Aber die praktischen Konsequenzen, die aus dieser Einigkeit gezogen werden, sind gegensätzlich. Nur wenige Autoren, vor allem in allgemeinen rechtsmethodischen Werken, bemühen sich um die Rettung des logischen Gehalts juristischer Argumentationen durch Vervollständigung ihrer Prämissen. Mehrheitlich wird aus dem formalen Charakter der Logik die Konsequenz gezogen, dass in der Rechtswissenschaft mit der Logik nicht viel auszurichten sei und das sogar logische Fehler in einer Theorie hinnehmbar sind, weil und solange die Ergebnisse stimmen, da es doch im Recht nicht auf Formalitäten ankommt, sondern auf Inhalte.

Bei diesem Diskussionsstand hat es wenig Aussicht auf Erfolg, der Logik, der Systematik und der Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft dadurch wieder zu ihrem Recht zu verhelfen, dass man eine weitere methodische Abhandlung über sie schreibt. Einzig aussichtsreich ist der bei weitem mühsamere Weg, die Grenzen, aber auch die Fruchtbarkeit dieser Methoden an ausgewählten einzelnen Problemen der Rechtswissenschaft im wahrsten Sinne des Wortes zu ermessen.

Unter diesem gemeinsamen Nenner steht diese Auswahl von strafrechtsdogmatischen Analysen, die in den vergangenen 25 Jahren an teilweise wenig beachteter Stelle erschienen sind. Sie werden hier in einer Gesamtschau nochmals dargeboten, um den Beweis zu führen, dass bei der Lösung mancher praktischer Probleme des Strafrechts mit den klassischen Methoden rechtswissenschaftlichen Denkens mehr zu erreichen ist als unsere Bequemlichkeit sich träumen lässt.

Der erste kurze Text wirft ein Schlaglicht auf den derzeitigen Zustand der Strafrechtswissenschaft in Deutschland und kann als eine Art Einleitung gelesen werden. Der zweite gibt einen Überblick über die Methoden der Strafrechtsanwendung anhand praktischer Beispiele und ist für Studenten geschrieben.

Der dritte Aufsatz stellt den Versuch dar, die Erkenntnisse und Methoden der modernen Definitionenlehre für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen. Da diese vorzugsweise für die beschreibenden Wissenschaften entwickelt worden sind, können sie auf eine normative Wissenschaft nicht unesehen übertragen werden. So gilt für juristische Definitionen beispielsweise nicht das definatorische Belieben. Aber die Erkenntnis, dass alternative Definitionen eines Begriffes ebenso zulässig sind wie Typusbegriffe, vermag manche Probleme der Rechtsanwendung, beispielsweise das vielberufene Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm, klarer zu machen.

Die folgenden vier Abhandlungen zur Kausalität und zur objektiven Zurechnung sind aus einem Grundgedanken entwickelt: Die kausale Erklärung eines Verletzungserfolges ist die theoretische Grundlage jeder objektiven Zurechnung. Alle Beziehungen zwischen Handlung und Erfolg, die die Lehre von der objektiven Zurechnung über die Kausalität hinaus noch fordert, also die Realisierung des unerlaubten Risikos und die Einschlägigkeit des Schutzzwecks der Norm, sind nichts anderes, als Spezialfälle von Kausalität. Nur wer über einen logisch richtigen Begriff des Bedingungsverhältnisses zwischen der Handlung als Einzelursache, dem Kausalverlauf als Gesamtursache und dem Erfolg verfügt, wird in der Lehre von der objektiven Zurechnung über Leerformeln hinauskommen, die nichts weiter leisten, als Platzhalter für intuitiv als richtig empfundene Einzelfallentscheidungen zu sein.

Dabei gilt es, auch und gerade in den einfachen Fällen, in denen man das richtige Ergebnis intuitiv schon weiß, sorgfältig in der Anwendung seiner

Methoden zu sein und keine Fehler hinzunehmen, auch nicht im Vertrauen darauf, dass die intuitive Erkenntnis des richtigen Ergebnisses es verhindern werde, dass sie sich praktisch auswirken. Der Aufsatz über die fahrlässige Mittäterschaft demonstriert, welches unkontrollierte Eigenleben solche Fehler in ganz anderen Kontexten entfalten können und zu welch problematischen praktischen Ergebnissen sie dann führen.

Die Abhandlung über den Erfolg und seine kausale Erklärung ist der Versuch, mit Hilfe von Erkenntnissen der analytischen Philosophie, denjenigen empirischen Zusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg allgemeingültig und logisch einwandfrei zu bestimmen, der im dargestellten Sinne jeder Zurechnung von Rechts wegen zugrundeliegt.

Während wenigstens unter denjenigen Autoren, die sich intensiv mit dem Problem der Kausalität befasst haben, die in der analytischen Philosophie entwickelte Lehre von der kausalen Erklärung weitgehend anerkannt ist, verschließt sich die deutsche Strafrechtswissenschaft nach wie vor der Erkenntnis, dass es Vorgänge gibt, auf die dieses Schema deshalb nicht angewandt werden kann, weil sie nicht vollständig determiniert sind, dies obwohl sie das Verhalten des jeweils zu beurteilenden Straftäters selbst als nicht determiniert postuliert. Mit der Abhandlung über Zurechnung und Wahrscheinlichkeit wird auch im nichtdeterminierten Bereich eine Zurechnung nach allgemeinen empirischen Gesetzen begründet.

In dem Aufsatz über die adäquate Kausalität und den Schutzzweck der Norm geht es darum, die, nicht ganz zu Unrecht, als Leerformeln verschrieenen Topoi von der Realisierung der unerlaubten Gefahr und der Betroffenheit des Schutzzwecks der Norm mit Sinn zu erfüllen und ein Verfahren anzugeben, wie im Einzelfall mit Hilfe empirischer Feststellungen entschieden werden kann, ob diese Zurechnungsvoraussetzungen erfüllt sind oder nicht.

Der diesen Themenbereich abschließende Aufsatz mit dem lapidaren Titel »Kausalität« soll demonstrieren, dass die Methoden, die in der forensischen Praxis zur Feststellung von Kausalität in problematischen Fällen wirklich angewandt werden, sich mit der Lehre von der kausalen Erklärung decken und der Theorie, die die Praxis selbst anzuwenden behauptet, der sogenannten *conditio-sine-qua-non*-Formel, weit überlegen sind. Es ist ein schwieriges und manchmal auch verdienstvolles Unterfangen, durch Analyse der Praxis herauszufinden, welche theoretischen Begriffe und Methoden ihr wirklich zu Grunde liegen. Dies geschieht hier in der Form einer Science Fiction Story, auch um der viel gepriesenen Hochschuldidaktik mit ihrem freudlosen, humorlosen und interesselosen Schematismus eine Didaktik entgegenzusetzen, die es darauf anlegt, zu unterhalten und zu eigenem Nachdenken anzuregen.

In der Abhandlung zum Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis* geht es um eine möglichst klare Unterscheidung zwischen einem deskriptiv-psychologischen und einem normativ-zuschreibenden Gebrauch des Ausdrucks Wollen. Dabei gilt es zu beachten, dass der normative Gebrauch des

Ausdrucks Wille den Rechtsanwender nicht der Aufgabe enthebt, allgemeine Maßstäbe dafür anzugeben, unter welchen tatsächlichen Bedingungen ein Erfolg dem Täter zum Willen zugerechnet werden darf und soll.

Der folgende Aufsatz gibt Methoden an, die vorsatzausschließenden Tatsachenirrtümer von den nicht-vorsatzausschließenden Begriffsirrtümern und Wertungsirrtümern zu unterscheiden. Dabei werden Begriffe und Methoden der allgemeinen Semantik fruchtbar gemacht.

Die Arbeit über den Umkehrschluss in der Irrtumslehre verfolgt das Ziel, anhand eines Argumentationsmusters, dessen logische Gültigkeit immer wieder behauptet und immer wieder bestritten worden ist, die Leistungsfähigkeit der Logik für dieses Rechtsproblem praktisch zu erproben und auszumessen. Damit soll gleichzeitig ein Beispiel gegeben werden, was Logik in der Rechtswissenschaft leisten kann und was nicht und worin in dieser Wissenschaft ihr Nutzen besteht.

Der Aufsatz über die sog. Vorsatzkonkretisierung und der über die Idealkonkurrenz haben gemeinsam, von der Erkenntnis der analytischen Philosophie auszugehen, dass es keine verbindliche Beschreibung der Welt gibt. Die Natur liefert uns keine Lebenskonkreta, keine ganz konkreten Tatsachen oder ganz konkreten Individuen. Bereits in der Kritik der Lehre vom Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt als Ausgangspunkt der Bestimmung von Kausalität ist dies thematisiert worden. Diese Erkenntnis zerstört die theoretischen Grundlagen der herrschenden Lehre von der Vorsatzkonkretisierung, die davon ausgeht, dass die Wahrnehmung uns einen Zugang zu von Natur aus vorgegebenen Individuen ohne Vermittlung durch Begriffe verschafft.

Sie zerstört auch die theoretischen Grundlagen der herrschenden Lehre von der Idealkonkurrenz, nämlich die Annahme eines von Natur aus vorgegebenen allgemeingültigen Begriffes der Handlung als Körperteilbewegung. In der Lehre von den Konkurrenzen geht es nicht darum, irgendwelchen von Natur aus vorgegebenen Handlungsidentitäten Rechnung zu tragen, sondern den Bedürfnissen einer gerechten Strafzumessung, insbesondere dem Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen.

In der Abhandlung über das Strafrecht als Kommunikation gilt es, die Leistungsfähigkeit eines neuen, zeichentheoretischen Modells für die Rechtfertigung der Strafe zu ermitteln. Dies geschieht unter der in der Semiotik heute allgemein anerkannten Prämisse, dass die physische Natur eines Signals nicht mitbestimmt wird durch die Nachricht, die damit übermittelt wird. Das Signal ist, wie der Fachausdruck lautet arbiträr.

Den Abschluss bildet ein literarischer Ausflug in die Frühzeit zwar nicht der Rechtswissenschaft, aber der Naturwissenschaft, ein fiktives Gespräch zwischen dem ersten modernen Naturwissenschaftler und dem ersten modernen Politologen. Es befasst sich mit den Wegen und Irrwegen des wissenschaftlichen Disputs, aber auch mit den Versuchen der Politik, die Wissenschaft zu vereinnahmen und zu kontrollieren und den Versuchen der Wissen-

schaft, sich dieser Kontrolle zu entziehen. Der Leser wird die Parallelen zur Rechtswissenschaft und ihrem Verhältnis zur Rechtspraxis leicht erkennen.

Die Texte sind im Original abgedruckt, sie beziehen sich also auf den Streitstand zur Zeit ihres Erscheinens. Um insoweit keine Verwirrung zu stiften, wurden auch die Hinweise auf periodisch wiedererscheinende Literatur (Lehrbücher und Kommentare) nicht aktualisiert. An vereinzelten Stellen wurden die Texte durch kurze Hinweise auf Änderungen in meiner dogmatischen Position oder auf aufgetretene Missverständnisse ergänzt. Diese Hinweise sind durch Kursivdruck kenntlich gemacht.

Ohne die engagierte und kompetente Beteiligung meiner Mitarbeiter hätte dieses Buch nicht erscheinen können. Dafür danke ich Herrn Dr. Kay Schumann, Herrn Christoph Janssen, Herrn Stefan Jönsson und Herrn Thorsten Hemme.

Bonn, den 11.01.2006

Ingeborg Puppe

Besorgter Brief an einen künftigen Strafrechtswissenschaftler

(GA 1999, 409–415)

Lieber junger Freund!¹

Du hast Dich also für die Wissenschaft als Beruf entschieden. Dieser Beruf ist bei weitem nicht der lukrativste, der einem tüchtigen jungen Juristen offen steht, und auch längst nicht mehr der angesehenste. Aber er ist immer noch derjenige, der Dir wenigstens gelegentlich erlauben wird, mit einer gewissen Muße schöpferisch und selbstbestimmt zu arbeiten. Angesichts der von politischer Seite energisch betriebenen Umwandlung unserer Rechtsfakultäten, weniger in Fachhochschulen als vielmehr in Fachschulen, bin ich nicht sicher, dass das auf lange Sicht so bleiben wird. Ob Du Dich für diese Laufbahn entschieden hast, weil Du eine starke theoretische Begabung und Neigung in Dir fühlst und, was ebenso wichtig ist, auch Liebe und Talent zum Unterrichten, oder ob Du einfach Angst hast vor dem Praxisschock, der Dich in jeder anderen Laufbahn erwartet, solltest Du gewissenhaft prüfen. Manchmal ist dies kaum zu unterscheiden. Aber viel wichtiger als die Frage, ob Du selbst für die Wissenschaft als Beruf der Richtige bist, ist diejenige, ob Du der richtige Jahrgang bist. Der Stellenmarkt für junge Professoren ist leichter zu durchschauen und vorauszuberechnen als die meisten anderen. Aber er unterliegt auch viel stärkeren Schwankungen zwischen einer gelegentlichen heftigen Hausse und einer langandauernden Baisse. Wenn Du bei, wie man heute sagt, richtigem Timing eine Hausse mitnehmen kannst, so hängt die Erreichung Deines Ziels außer von einer gewissen geistigen Flexibilität nur noch von Deiner Ausdauer ab, die Einsamkeit des Langstreckenläufers auf dem langen und beschwerlichen Weg zu Deinem Ziel durchzuhalten. Dagegen habe ich während einer langen Baisse schon manchen hochbegabten jungen Wissenschaftler und talentierten und erfolgreichen Lehrer das Handtuch werfen sehen, weil er sich einfach keine Chancen ausrechnete.

Eh Du Dich auf Deine erste Langstrecke, die Promotion begibst, solltest Du vor allem Deinen Doktorvater sorgfältig aussuchen. Mit einem stillen Gelehrten, der womöglich zu vornehm ist, Reklame für seine Schüler zu machen und für sie seine Beziehungen spielen zu lassen, oder solche am Ende gar nicht hat, ist Dir nicht gedient. Suche Dir einen dynamischen welt-

1 Vgl. Reginhardus Muraquensis Munacensis, JZ 1962, 380 ff.

läufigen Professor, der in der Fakultät und außerhalb derselben eine starke Stellung und natürlich auch einen bekannten Namen hat. Wenn er Dir kein Thema gibt, so stehst Du vor der schwierigen Aufgabe, Dir ein Betätigungsfeld zu suchen, das etwa den richtigen Zuschnitt für eine Promotion hat. Aber ach, alle Felder sind längst besetzt, überwuchert von einem hoffnungslos ineinander verfilzten Dornengestrüpp von Meinungen und Gegenmeinungen. Nirgends ist mehr Platz für Deine Ideen. Und selbst wenn Du das Glück haben solltest, dass der Gesetzgeber gerade ein neues Verbrechensbekämpfungsgesetz ins Leben gerufen hat, musst Du doch gerade auf diesem neuen Feld von vornherein mit heftiger Konkurrenz Deiner Mitdoktoranden rechnen. Diese Gegner kannst Du nicht sehen, während Du diejenigen, die sich auf den klassischen Feldern betätigt haben, schwarz auf weiß vor Dir hast. Wendest Du Dich aber einem klassischen Problem zu, so steht Dir zunächst die geistige Knochenarbeit bevor, das Feld von besagtem Gestrüpp zu befreien. Der größte Teil der Zeit und der Kraft, die Du für Deine Promotion einsetzen musst, wird für diese geistige Knochenarbeit drauf gehen. Aber Du wirst am Ende Erfolg haben, wenn Du einige einfache Regeln beherzigst.

Bei der Auseinandersetzung mit einem Gegner – und Dein Gegner ist jeder, der zu Deinem Thema irgendetwas geschrieben hat – musst Du vor allem bedenken, dass nur wenige seine Schrift im Original gelesen haben und dass Du ihn und seine Anhänger ohnehin nicht von der Unrichtigkeit seiner Meinung überzeugen wirst. Du musst vor allem Eindruck auf diejenigen machen, die die betreffende Theorie oder Rechtsansicht nur aus Sekundärzitataten stichworthaft kennen oder sie erst durch Deine Darstellungen kennen lernen werden. Sei also nur nicht allzu penibel bei der Darstellung anderer Meinungen. Ein guter Strategie umgeht die starken Stellungen seines Feindes und rollt die Front ausschließlich von seinen Schwachstellen aus auf. Hat der Gegner für die Demonstration seiner Theorie einmal ein unglückliches Beispiel gewählt, so ist dies das einzige, das Du zur Erläuterung seiner Theorie verwendest. Hat er sich einmal missverständlich ausgedrückt, so hüte Dich ja, diese Missverständlichkeit in seinem Sinne zu beheben. Wer sich schlecht ausdrückt, verdient es, noch schlechter interpretiert zu werden. Hat Dein Gegner gar die unverzeihliche Dummheit begangen, zuzugeben, dass er mit seiner Theorie in einzelnen Fällen in Schwierigkeiten kommt und dafür auch noch Beispiele gebracht, so hast Du es ganz einfach. Du beschränkst Dich auf das Zitat dieser Beispiele und lässt den Rest beiseite. Lerne daraus, dass Du selbst diese Dummheit nie begehen wirst. Deine Theorie wird in jeder Hinsicht vollkommen sein und in jedem, auch noch so abseitigen Fall auf direktestem Wege zu dem billigen und gerechten Ergebnis führen. Sollte Dir doch eine Konstellation einfallen, auf die Deine Theorie beim besten Willen nicht passt, so vergisst Du sie ganz schnell. Fehler und Mängel Deiner Theorie aufzudecken, kannst Du getrost Deinen Nachfolgern überlassen, sie werden es mit aller Gründlichkeit besorgen.

Wenn Du in einem Gedankengang, den Du loswerden willst, beim besten Willen keine Fehler finden kannst, so praktizierst Du eben einen hinein. Du kannst Deinen Gegnern eine so törichte Interpretation angedeihen lassen, wie es Dein Einfallsreichtum und Dein Doktorvater erlauben. Vor dem letzteren musst Du Dich allerdings unter Umständen vorsehen. Denn er könnte zu der bedrohten Spielart des homo theoreticus gehören, die es nicht estimiert, wenn man ihre Gegner verballhornt. Ob das der Fall ist, wird Dich das gründliche Studium seiner Schriften lehren, das ohnehin unerlässlich für Dich ist. In jedem Fall solltest Du etwas vorsichtiger mit den Trägern großer Namen umgehen, sonst wird man Dich am Ende gar für überheblich halten.

An die Klarheit und Eindeutigkeit anderer Lösungsvorschläge legst Du die strengsten Maßstäbe, so dass sie alle kläglich scheitern. Eine Begründung verfällt schon dann der vollständigen Ablehnung, wenn sie »nicht zwingend« ist. Argumentiert Dein Kontrahent aber logisch, dann ist er naiv und missachtet das Rechtsgefühl. Denn Logik ist in der Jurisprudenz nicht maßgebend. Lass Dich nur nicht von dem unbestimmten Gefühl irritieren, dass Dein eigener Lösungsvorschlag, an Deinen Maßstäben gemessen, noch kläglicher versagen würde als die anderen. Das ist nicht Deine Angelegenheit, sondern die Deiner Nachfolger.

Achte auf die richtige Verwendung der Adjektive. Wenn Dein Gegner zu Unterscheidungen gelangt, die nicht auf den ersten Blick plausibel sind, so sind sie befremdlich, schwer nachvollziehbar oder absurd. Sind Deine eigenen Unterscheidungen vereinzelt nicht auf den ersten Blick plausibel, so sind sie subtil. Stößt Dein Gegner auf sog. Strafbarkeitslücken, so sind sie unerträglich (Strafbarkeitslücken sind immer unerträglich). Stößt Du auf solche, so bestätigen sie nur den fragmentarischen Charakter des Strafrechts (fragmentarisch ist im Strafrecht immer gut). Hat Dein Gegner Abgrenzungsschwierigkeiten – und die hat jeder –, so sind sie unüberwindlich, Deine eigenen aber sind unvermeidlich. Willst Du einen Gedanken von einem anderen übernehmen, ohne ihn zu zitieren (manche verwenden dafür das hässliche Wort Plagiat), so musst Du Dich besonders eindeutig über ihn äußern, so dass kein Leser auf die Idee kommt, dass Du ausgerechnet von ihm etwas abgeschrieben haben könntest.

Gehe bereits bei der Interpretation Deiner Gegner nicht von ihren Prämissen aus, sondern von den Deinen, auch wenn Du sie bisher weder dargestellt noch gar begründet hast. Erstens kannst Du ihnen so jede dogmatische Todssünde nachweisen, einen Widerspruch, eine *petitio principii*, eine Fiktion oder mindestens doch einen Verstoß gegen das Schuldprinzip. Zweitens gewöhnst Du Deine Leser so schon an die richtigen Begriffe und Argumente. So ist dann der Boden schon für sie bereitet, wenn nach der »Meinung A«, der »Meinung B«, der »Meinung C«, usw., endlich die »richtige Lösung« in all ihrer Klarheit und Stringenz erscheint.

Was aber tun, wenn Dir zur Lösung Deines Problems beim besten Willen keine neue Idee einfällt? Dann prägst Du jedenfalls für diejenige unter den bereits vorhandenen Lösungen, die Dir am meisten konveniert, einen neuen Ausdruck oder eine neue Unterscheidungsformel. Du musst dann freilich zugeben, dass Dein Lösungsvorschlag gewisse Vorläufer hat. Betone aber, dass es doch Unterschiede gibt, die auf den ersten Blick geringfügig erscheinen mögen, aber doch entscheidend sind. Durch häufige Wiederholung Deiner neuen Formel und ihre Anwendung auf zahlreiche Beispiele wirst Du Deine Leser davon überzeugen, dass erst Du die einzig richtige Formel gefunden hast, die das Problem auf den Begriff bringt.

Aber wenn Du Deine Arbeit, möglichst in einer renommierten Reihe, veröffentlicht hast, so mach Dir nun keine Illusionen über das Interesse, das sie finden wird. Außer den beiden Gutachtern werden allenfalls Deine Nachfolger sie annähernd vollständig zur Kenntnis nehmen. Und die werden mit ihr genauso umgehen, wie Du mit Deinen Vorgängern umgegangen bist. Lass Dich das nicht anfechten, denn Deinen Doktor und damit die Eintrittskarte in die Wissenschaft hast Du ja.

Aber nun musst Du Dich hinsetzen und noch solch eine Arbeit schreiben, für die sich niemand interessieren wird, außer denen, die Dich vielleicht einmal berufen wollen: die Habilitationsschrift. Die sollte möglichst dick sein, damit keine Fakultät es über sich bringt, sie abzulehnen. Hier gilt es vor allem Belesenheit zu beweisen. Zeige, dass Du das gesamte Schrifttum Deines Gebiets mindestens von Feuerbach bis heute vollkommen beherrschst. Aber von nun an gilt für Dich auch noch das Lutherwort: »Ein Jurist, der nicht mehr ist als ein Jurist, ist ein arm Ding«. Tu Dich also in der Philosophie um, in der Soziologie, in der Strafrechtsgeschichte oder im ausländischen, vor allem englischsprachigen Schrifttum. Wenn Du schon zugeben musst, dass eine Problemlösung, die Du propagierst, nicht von Dir ist, so macht es viel mehr Eindruck, wenn Du sie im Buch eines australischen Sprachphilosophen oder in dem Aufsatz eines amerikanischen Supreme Court Judge entdeckt hast, statt in einem auf deutsch geschriebenen Beitrag in der ZStW oder im GA, den jeder nachlesen kann. Beweise Deine Findigkeit im Entdecken neuer Quellen oder in ihrer Neuinterpretation. Dass Du in den Methoden historischer oder philosophischer Textkritik gar nicht geschult bist, macht nichts; die meisten Fakultätsmitglieder sind es ja auch nicht. Mache reichlich Gebrauch von Fachausdrücken anderer Wissenschaften. In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist es beispielsweise längst Mode geworden, statt Begriffsumfang Extension und statt Begriffsinhalt Intension zu sagen, ohne dass eine Neigung besteht, die Grundsätze und Grundbegriffe der Semantik, der diese Fachausdrücke angehören, zu erlernen. Im Übrigen gilt, vor allem für den Umgang mit Deinen Gegnern, dasselbe wie bei der Dissertation. Diesmal ist es unerlässlich, dass Du neue Ergebnisse präsentierst, je revolutionärer, desto besser. Bring sie auf wenige markante Thesen und präge

dafür, wenn möglich, ein paar neue Ausdrücke, die ein Lehrbuchautor oder Kommentator zitieren kann, ohne gleich Deine ganze Arbeit lesen zu müssen. Diese Ausdrücke werden von nun an mit Deinem Namen verbunden sein, wie ein Kriegsname oder auch ein Spitzname.

Trotz dieser gewaltigen Anstrengung solltest Du, möglichst schon vor der Habilitation, einige Aufsätze veröffentlichen. Dafür bieten sich zunächst die Ausbildungszeitschriften an. Eine Musterlösung für einen Deiner ersten Übungsfälle oder ein Bericht über eine wichtige Entscheidung sind schnell geschrieben. Etwas aufwendiger ist schon die Darstellung eines kleinen Rechtsgebiets in all seinen Einzelfragen anhand von zahlreichen Beispielen, sog. Grundfällen. Mach aber von dieser Möglichkeit keinen allzu exzessiven Gebrauch, sonst bist Du schnell als Vielschreiber abgestempelt, dem nichts Neues einfällt.

Du musst während oder nach Deiner Habilitation einige Aufsätze veröffentlichen, mit denen Du beweist, dass Du auch ein origineller Kopf bist. Das kannst Du nicht beweisen, indem Du für eine bereits vorhandene Problemlösung eine Verbesserung oder Präzisierung vorschlägst oder Einwände gegen sie auszuräumen versuchst. Das würde Dir auch niemand danken. Die Gegner der Lösung nicht, weil Du es ihnen unnötig schwer machst, sie abzulehnen, ihre Anhänger nicht, weil sie sie nicht für verbesserungsbedürftig und -fähig halten, ihr Erfinder nicht, weil er, sofern er nicht ebenfalls dieser Meinung ist, die Verbesserung seiner eigenen Theorie sich selbst und seinen Schülern vorbehält. Es muss also schon eine vollkommen neue Idee sein. Dafür brauchst Du Deinen neuen Problemlösungsvorschlag auch nicht bis zur praktischen Anwendungsreife auszuarbeiten. Die Praxis wird sich ohnehin nicht darum kümmern. Du hast doch schon oft genug in einer Entscheidung Sätze gelesen wie: »Der Senat sieht keinen Anlass, sich mit den zahlreichen entgegenstehenden Auffassungen in der Literatur auseinanderzusetzen, denn schon das Reichsgericht hat 1915« Zuerst wurde die Praxis unwissenschaftlich, dann die Wissenschaft unpraktisch. Die Wissenschaft muss sich längst nicht mehr vor dem Richterstuhl praktischer Handhabbarkeit und Anwendbarkeit verantworten, und inzwischen kann man es der Praxis kaum noch übel nehmen, dass sie sich nur gelegentlich, etwa im BT, noch um sie kümmert.

Kannst Du es aber doch nicht ganz vermeiden, auf diejenige Frage zu sprechen zu kommen, an der sich das Problematische Deiner neuen Theorie offen zeigt, und auf deren Beantwortung Deine Leser schon ungeduldig warten, so erklärst Du, dass ihre nähere Behandlung den Rahmen Deiner Arbeit sprengen würde oder dass Du aus Raumgründen leider darauf nicht weiter eingehen kannst.

Früher hätte ich Dir geraten, Dir für ein Problem eine Lösung auszudenken, die auf den ersten Blick frappierend, auf den zweiten aber abstrus ist, indem Du beispielsweise das Problem, das Du an einer Stelle scheinbar löst, in Wirklichkeit nur auf eine andere verlagerst, oder, indem Du die Lösung

eines Problems auf ein anderes überträgst, auf das sie bei näherem zusehen überhaupt nicht passt. Du wärest dann zwar von jedermann abgelehnt, aber auch von jedermann zitiert worden, und darauf kommt es an. Heute funktioniert das nicht mehr. Denn es gibt schon allzu viele Lösungsvorschläge der beschriebenen Art, weshalb neue nicht mehr aufgegriffen werden. Lediglich die alten werden von Jahrzehnt zu Jahrzehnt getreulich weiter tradiert.

Lass Dich aber durch die so entstandene Vielfalt von Lösungsvorschlägen und Meinungsstreitigkeiten nicht zu dem Versuch verführen, ein Problem in Wohlgefallen aufzulösen, indem Du behauptest, dass das Ziel, das auf den verschiedensten Wegen angestrebt wird, gar nicht unbedingt erstrebenswert ist, beispielsweise das Ziel der Exklusivität zwischen Diebstahl und Betrug, oder, indem Du behauptest, dass von den verschiedenen Theorien, um die seit Jahren heftig gestritten wird, obwohl sie alle zum gleichen Ergebnis führen, nur eine einzige korrekt formuliert ist – ich denke dabei etwa an den Streit zwischen der sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, der rechtsfolgenverweisenden und der eingeschränkten Schuldtheorie – oder, indem Du darzulegen versuchst, dass eine Kontroverse, um deren Lösung man sich seit einem Jahrhundert eifrig bemüht, ihren Grund darin hat, dass schon die Fragestellung falsch oder gar unsinnig ist. Ein solches Verhalten ist im höchsten Maße unkollegial und wird Dir bestenfalls die wohlverdiente Nichtachtung Deiner Kollegen zuziehen. Ist es nicht schon schlimm genug, dass fast alle unsere Arbeiten, die sich mit dem geltenden Recht befassen, unter dem Damoklesschwert stehen, von jenen drei berichtigenden oder gar verfälschenden Worten des Gesetzgebers zur Makulatur gemacht zu werden? Wir sollten uns nicht auch noch selbst an diesem Zerstörungswerk beteiligen.

Hast Du nun das letzte große Hindernis genommen, Dich habilitiert und sogar einen Ruf erhalten, so brauchst Du von nun an nichts mehr zu veröffentlichen, wenn Du nicht willst. Du kannst Dich in der Lehre und im Prüfungswesen engagieren, aber das ist ein undankbares Geschäft. Wenn Du Erfolg damit hast, werden Dich Deine Studenten und auch Deine engeren Kollegen vielleicht schätzen, aber außerhalb Deiner Fakultät wird man Dich nicht mehr kennen. »Wer ist denn das? Von dem hört man ja gar nichts mehr«, wird es von Dir heißen.

Einen bekannten, wenn auch in feinen Kreisen vielleicht etwas anrühigen Namen kannst Du Dir schnell machen, indem Du ein sog. Lernbuch schreibst. Ein allzu tiefes Eindringen in die Materie ist dazu nicht notwendig, vielleicht sogar hinderlich, weil es Dich zu originellen Gedanken verführen könnte. Ein durchschnittliches Vorlesungsmanuskript genügt als Grundlage. Was Du dagegen perfekt beherrschen solltest, ist die hohe Schule des Formatierens. Alle drucktechnischen Möglichkeiten Deines Computers solltest Du nutzen: verschiedene Schrifttypen, verschiedene Grautöne, mit denen Du Deine Sätze unterlegst, vor allen Dingen aber musst Du viele Schaubilder und Tabellen erstellen. Der moderne Mensch lernt mit den Augen, nicht mit

dem Verstand. Ein Schaubild, ein Schema, eine Tabelle oder eine Formel, in denen ein Begriff genau an der Stelle steht, wo er nach Deiner Theorie oder Deinem System hingehört, wird Deine Leser schneller davon überzeugen, dass Dein System und Deine Theorie, die einzig richtigen sind, als viele Worte. Versprich also Deinen studentischen Lesern statt Abstraktion und theoretischem Ballast anschauliche und memotechnisch ausgefeilte Darstellungsweise, statt Kompliziertheit einfache Strukturen und Schemata, statt Stofffülle Konzentration auf das Wesentliche. Vor allem aber versprich ihnen, dass Du ihnen auch nicht ein Bit mehr an Information aufdrängen wirst, als sie zum Bestehen des Examens unbedingt brauchen.

Wenn Du aber nach den Sternen, respektive dem wissenschaftlichen Lorbeer greifen willst, so solltest Du Dich jetzt nicht mit Einzelfragen verzetteln. Ein neuer Unrechts- oder Schuldbegriff, eine neue Straftheorie, ein neuer Deliktsaufbau oder sonst ein neues System, z.B. der Zurechnung oder der Vermögensdelikte muss es schon sein. Im Gegensatz etwa zu seinem amerikanischen Kollegen gibt sich der deutsche Professor nicht mit Kleinigkeiten ab, etwa mit der Verbesserung bestehender Systeme und Begriffe, sondern entwirft die grundlegende Idee, aus der das gesamte Deliktssystem sich neu entwickeln lässt, z.B. die Idee, dass die menschliche Handlung final ist, dass das Recht Zwecken dient, dass die Strafe die ultima ratio der Rechtsverteidigung ist oder, dass das Strafrecht der Stabilisierung eines Gesellschaftssystems dient.

Hast Du bisher vielleicht einzelne neue Ausdrücke geprägt, so ist es nun an der Zeit, Deine eigene Sprache zu entwickeln. Glaube mir, es ist viel leichter, sich kompliziert und prätentios auszudrücken als schlicht und einfach, vor allem dann, wenn man über die Zusammenhänge, die man darstellen möchte, selbst noch keine rechte Klarheit gewonnen hat. Viele große Philosophen, etwa Hegel, Kierkegaard, Heidegger, haben ihre ganz eigentümliche Sprache geprägt, und beschäftigen deshalb die nicht so großen Philosophen viel intensiver als etwa Kant oder Schopenhauer. Du wirst Dich bei Deinem Leser nicht in gehörigen Respekt setzen, wenn er jeden Satz, den er von Dir liest, auch gleich versteht. Es erzeugt eine gewisse heilsame Demut, wenn er erst einmal eine Menge Text von Dir durch ein geduldiges Studium (Studium <lat>: wissenschaftliche Beschäftigung; Eifer, Ergebenheit, Parteilichkeit f. jmd.), in sich aufnehmen muss, ehe ihm Deine Gedanken langsam aufgehen und er mitreden kann, wenn darüber diskutiert wird. Dann aber ist er längst ein Gefangener Deiner Sprache und damit Deiner Vorstellungen, Deiner Begriffe, Deiner Ideen. Du siehst, welche unschätzbaren Vorteile die Verwendung einer eigenen Sprache hat. Fang aber nur nicht zu früh damit an. Du musst schon einen wissenschaftlichen Namen haben, sonst werden Deine Kollegen nicht die Geduld aufbringen, sich Deine Sprache, durch besagtes Studium, anzueignen.

Abschließend ein letzter, aber für Deinen wissenschaftlichen Erfolg sehr wichtiger Rat. Wenn Du eines Tages Deine »Entdeckungen« in der Literatur wieder finden willst und zwar nicht als die eines anderen, der sie zehn Jahre später verkündet hat, so musst Du frühzeitig zusehen, dass Du Aufnahme findest in einem möglichst einflussreichen Zitierkartell.

Und nun bleibt mir nichts mehr übrig, als Dir für Deinen langen und mühsamen Weg viel Ausdauer und Geduld zu wünschen. Vor allem aber wünscht Dir am Ende dieses Weges eine Hausse,

Dein väterlicher Freund
Julius Kyrianthropos Ekklesianthropos

Juristische Methodenlehre für die Strafrechtshausarbeit

Ein Trockenkurs für Vorgerückte

(JA 1989, 345–364)

Der Moralphilosoph ist wie ein Wegweiser
Er zeigt den Weg,
aber er geht ihn nicht.
Schopenhauer

Es soll versucht werden, Erkenntnisse der neueren Rechtstheorie unmittelbar auf die Lern- und Leistungspraxis des angehenden Juristen in Übung und Examen anzuwenden. Da dabei nicht auf Beispiele verzichtet werden kann, sind zum Verständnis Grundkenntnisse einiger strafrechtlicher Standardprobleme notwendig. Daher wendet sich der Beitrag an Teilnehmer der großen Übung und an Examenskandidaten. Auch die äußere Technik der Hausarbeit, Gliederung, Literaturverzeichnis, Aufbauschemata, wird vorausgesetzt. Verbessert werden soll die Technik der Problemerkennung, Problembehandlung, der juristischen Argumentation und der Begriffsanwendung.

Der Affe und die Banane oder was ist Intelligenz

Wenn ein Tierverhaltensforscher die Intelligenz eines Tieres ermitteln will, beispielsweise die eines Affen, so setzt er ihm zunächst ein verlockendes Ziel, beispielsweise eine Banane. Diese ist aber für den Affen nicht auf dem direkten Wege zu erreichen, sondern nur auf einem mehr oder weniger verschlungenen, mit mehr oder weniger schwierigen Hindernissen gespickten. Als intelligent gilt nun der Affe, der seine Banane auf dem einfachsten und kürzesten Wege mit dem geringsten Aufwand an Kraft, Zeit und Geschicklichkeit erreicht. Je mehr Umwege so ein Affe geht, je mehr überflüssige Anstrengungen er unternimmt, die ihn der Banane nicht näher bringen, als desto dümmer gilt er. Das gilt nicht nur für Affen, sondern beispielsweise auch für Ingenieure, Mathematiker und Juristen. Der Ingenieur, der mehr Material in seine Brücke verbaut, als für ihre Standfestigkeit notwendig ist, ist ein schlechter Ingenieur. Der Systemanalytiker, der in sein Programm mehr Informationen und mehr Rechenschritte einbaut, als zur Lösung der Aufgabe erforderlich sind, ist ein schlechter Mathematiker. Der Richter, der Beweise erhebt, von deren Ergebnis das Urteil letztlich nicht abhängt, und der Gutachter, der sich auf Theorienstreitigkeiten einlässt, die sich am Ende als nicht entscheidungserheblich herausstellen, sind schlechte Juristen. Der

Begriff von Intelligenz, der dem zugrunde liegt, ist einfach zu beschreiben. Intelligenz ist die Fähigkeit, eine gegebene Aufgabe mit möglichst wenig Aufwand zu lösen. Aufwand ist dabei Zeit, Kraft, Material, beispielsweise Papier, und nicht zuletzt Wissen.

Die meisten Kandidaten unterliegen offenbar dem Irrtum, der ihnen gestellte Fall sei lediglich eine etwas schikanöse Art und Weise, sie nach ihrem angelernten oder zum Zwecke der Falllösung angelesenen Wissen über festgefahrene Theorienstreitigkeiten abzufragen. Sicherlich soll der angehende Jurist im theoretischen Teil seiner Ausbildung lernen, sich mit Rechtsproblemen und den zu ihnen bezogenen Positionen theoretisch auseinanderzusetzen. Es hat auch gute Gründe, dass dies an den theoretisch weitgehend durchdrungenen und ausdiskutierten, gewissermaßen den klassischen dogmatischen Streitigkeiten geschieht, und weniger an originellen oder neu aufgetauchten Rechtsproblemen. Aber das Rekapitulieren dieser sog. Streitstände ist in der Klausur und insbesondere in der Hausarbeit der geringste Teil Ihrer Aufgabe, denn es ist keine besondere Leistung, aus Kommentaren und Lehrbüchern abzuschreiben. Die Entscheidung des Theorienstreites fordert Ihnen zwar schon ein wenig mehr geistige Selbständigkeit ab; Sie müssen hier nämlich zeigen, dass Sie das Problem und die in dem Streit aufgeworfenen Argumente verstanden haben. Aber auch diese Leistung ist, seien wir ehrlich, meistens nicht sehr originell. Läuft sie in der Regel doch auf nichts anderes hinaus als darauf, dass Sie sich unter den vorgefertigten Argumenten, die Sie gewissermaßen als Konfektionsware von der Stange kaufen können, diejenigen aussuchen, die Ihnen am besten gefallen. Ihre eigentlich schöpferische Arbeit als Juristen liegt teils vor, teils hinter der Abhandlung von Theorienstreitigkeiten. Sie besteht im Aufspüren, vor allem aber im präzisen Erfassen der Rechtsfragen, die sich in Ihrem Fall stellen. Diese Fragen dürfen nicht unbestimmter, vor allem aber auch nicht allgemeiner formuliert werden, als es für die Entscheidung gerade Ihres Falles notwendig ist. In den theoretischen Abhandlungen, Lehrbüchern und Kommentaren, in denen es ja nie nur um die Entscheidung eines einzelnen Falles geht, sind sie naturgemäß viel allgemeiner formuliert. Hier also liegt Ihre erste eigenständige geistige Leistung. Die zweite liegt in der Anwendung der von Ihnen, gegebenenfalls nach Abhandlung eines Theorienstreits, für maßgeblich erachteten Begriffe auf den Einzelfall, also in der Subsumtion. Diese beiden Aufgaben werden aus Gründen, an denen die Rechtswissenschaft und auch die Rechtslehre an der Universität nicht ganz unschuldig sind, von Studenten und Kandidaten bei weitem unterschätzt und manchmal geradezu sträflich vernachlässigt.

Die Ausgangsfrage

Jede Lösung einer Aufgabe vollzieht sich in drei Schritten: Erfassung, d. h. genaue Beschreibung und Begrenzung des Problems, Erarbeitung einer

Lösungsstrategie, Anwendung der Lösungsstrategie. Bei einem strafrechtlichen Gutachten besteht die Aufgabe in der Regel darin zu entscheiden, ob ein bestimmter Sachverhalt einen bestimmten Tatbestand erfüllt. Im einfachsten Fall besteht dieser Tatbestand aus einer Handlung, einem Erfolg und einem beide verbindenden Kausalablauf. Indem Sie die auf Tatbestandsmäßigkeit zu überprüfende Handlung und den Erfolg beschreiben, legen Sie den Gegenstand Ihrer folgenden Überlegungen und der abschließenden Subsumtion oder Subsumtionsablehnung ein für allemal fest. Auf diesen Gegenstand müssen sich alle Ihre folgenden Fragen und Antworten beziehen, die allgemeinen wie die speziellen. Sie dürfen ihn also niemals aus den Augen verlieren. Ein schwerer aber leider nicht seltener Fehler ist der Austausch des Subsumtionsgegenstandes während einer längeren Erörterung, d. h. unter einen für maßgeblich erachteten Rechtsbegriff wird ein anderer Sachverhalt subsumiert als der, der zu Beginn der Erörterung Gegenstand der Subsumtionsfrage war, beispielsweise eine andere Handlung oder ein anderer Erfolg. Wenn das Ergebnis trotzdem richtig ist, so ist dies reiner Zufall, die Begründung ist in sich unstimmig und daher falsch.

Stellen Sie die Frage nach der Subsumtion eines bestimmten Sachverhalts unter einen bestimmten Tatbestand nur dann, wenn sie eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat, d. h., wenn nicht schon eine oberflächliche Prüfung eindeutig ein Ausscheiden des Tatbestandes ergibt. Beginnen Sie also nicht mit der Prüfung des objektiven Tatbestandes der Sachbeschädigung, wenn eindeutig der Vorsatz fehlt, oder des Diebstahls, wenn sich der Täter die Sache offensichtlich nicht zueignen wollte. Auch die Entscheidung, welchen Sachverhaltsabschnitt Sie als eine Handlung oder einem Erfolg ins Auge fassen, erfordert einige Sorgfalt und Aufmerksamkeit. Bei einem vollendeten Betrug beispielsweise bilden die tatbestandsmäßige Handlung alle täuschenden Verhaltensweisen des Täters, die für den Schaden mitursächlich waren, und den tatbestandsmäßigen Erfolg alle Vermögenseinbußen, die sich der Getäuschte durch eigenes Verhalten zugefügt hat. In Examensarbeiten werden solche Handlungs- oder Erfolgskomplexe manchmal in möglichst kleine Teile aufgespalten, die dann je für sich erörtert und unter erheblichem Aufwand an Definitionen und Theorien daraufhin überprüft werden, ob sie dem Vorbereitungs- oder bereits dem Versuchsstadium angehören. Schließlich kommt der Bearbeiter dann zu einem Handlungspartikel, das eindeutig schon Anfang der Ausführung ist, und am Ende zum vollendeten Betrug. Mit solcher Seitenschinderei ziehen Sie sich nicht nur berechtigten Unmut Ihres Lesers zu, sondern vor allem den ebenso berechtigten Tadel, dass es Ihnen an Überblick und Zielstrebigkeit des Vorgehens mangelt.

Schon hier zeigt sich ein offenbar weit verbreiteter Glaube als Illusion: Der Glaube, man brauche nur einem vorgegebenen Aufbauschema zu folgen, ohne an die jeweils folgenden Schritte oder gar an das Ergebnis denken zu müssen, weil einen das Schema wie ein Computerprogramm automatisch zu

den richtigen Überlegungen und den richtigen Ergebnissen führe. Für die Lösung juristischer Fälle gibt es keine Computerprogramme und Sie sind, zum Glück, auch kein Computer. Für diese Aufgabe gilt, was für alle auch nur ein wenig schöpferischen Aufgaben richtig ist: Man kann sie erst dann wirklich korrekt formulieren, wenn man ihre Lösung bereits kennt. Das gilt übrigens auch und besonders für wissenschaftliche Abhandlungen. Deshalb kann es auch in einem Fallgutachten nicht darum gehen, den Leser an den Überlegungen teilhaben zu lassen, durch die der Verfasser sein Ergebnis tatsächlich gefunden hat. Diese Überlegungen sind oft umständlicher als nötig und haben nicht selten in Sackgassen geführt. Es geht vielmehr darum, dem Leser das eigene Ergebnis möglichst überzeugend unter Würdigung der möglichen Gegenpositionen darzulegen. Mit Gutachten- und Urteilsstil hat das übrigens nichts zu tun.

Mit der Ausgangsfrage haben Sie zwar Ihren Untersuchungsgegenstand festgelegt, aber noch nicht Ihr gesamtes Tatsachenmaterial. Bei der Prüfung des Vorsatzes, der Rechtswidrigkeit, der Schuld oder der Teilnahmeform müssen Sie immer wieder neue Tatsachen aus dem Sachverhalt einführen und neue Subsumtionsfragen stellen. Dabei ist die gleiche Sorgfalt erforderlich, wie bei der Formulierung der Ausgangsfrage. Gerade hier wird die Arbeit am Sachverhalt allzu oft zugunsten allgemein-theoretischer Ausführungen zu den (wirklich oder auch nur scheinbar) einschlägigen Streitständen vernachlässigt. Denn die Probleme des allgemeinen Teils, die hier auftreten, scheinen noch mehr standardisiert und ausdiskutiert zu sein als die Subsumtionsfragen der einzelnen Tatbestände, so dass man sie im Wesentlichen unbekümmert um den vorliegenden Fall abhandeln kann. Dieser ist doch ganz offensichtlich nur dazu gemacht, dem Bearbeiter Gelegenheit zu geben, den Streit um den *dolus eventualis*, die Notwehrprovokation oder den Erlaubnistatbestandsirrtum auszubreiten.

Da liest man dann lange allgemeine Ausführungen über die Qualifikation des Irrtums des Täters als Erlaubnistatbestandsirrtum und dessen umstrittenen Rechtsfolgen, ohne je zu erfahren, was denn der Täter Falsches geglaubt haben soll. Hat der Kandidat Pech, so ist der Irrtum gar kein Erlaubnistatbestandsirrtum, weil der vom Täter irrtümlich angenommene Sachverhalt ihn bei näherem Zusehen gar nicht gerechtfertigt hätte (sog. doppelter Irrtum). Hat der Kandidat noch mehr Pech, so merkt er das bis zuletzt nicht. Merkt er es am Ende doch, so bringt er es nicht mehr übers Herz, seine schönen Darlegungen über den Erlaubnistatbestandsirrtum mitsamt den mühsam zusammengestellten Fußnoten in den Papierkorb zu werfen, wo sie hingehören. Er tut stattdessen dar, dass alle Meinungen im vorliegenden Fall zufällig zur Unerheblichkeit des Irrtums kommen, sei es weil der Irrtum vermeidbar war (strenge Schuldtheorie), sei es weil die irrtümlich angenommene Lage die Tat genau genommen gar nicht gerechtfertigt hätte (eingeschränkte Schuldtheorie). Der Prüfer wird dann eine lange Schlangenlinie an die vielen schönen

Seiten über den Erlaubnistatbestandsirrtum zeichnen und sie mit einem Buchstaben versehen, den der Kandidat mehr fürchten sollte als das »f« für falsch: das »ü« für überflüssig.

Erst einmal eine Definition (?)

Hat man die Frage gestellt, ob ein bestimmter Sachverhalt unter einem bestimmten Rechtsbegriff subsumiert werden kann, so folgt erst einmal eine sog. Definition dieses Rechtsbegriffs. Zu diesem Zweck lernt man die gebräuchlichsten Definitionen von Rechtsbegriffen auswendig oder versteckt sie gar in einem kleinen Büchlein, sog. Definitionskalender, unter seinem Arbeitstisch. Unter einer Definition versteht man eine Präzisierung eines Begriffs dergestalt, dass man mit ihrer Hilfe für jeden beliebigen Gegenstand entscheiden kann, ob er den Begriff erfüllt. Wären unsere sog. Definitionen von dieser Art, so wäre dieses in der Tat der einfachste und schnellste Weg über die Subsumierbarkeit eines Gegenstandes unter den Rechtsbegriff zu entscheiden. Dann wäre es allerdings auch nicht notwendig, Gutachten darüber anzufertigen. Verzichten wir darauf, uns an dieser Stelle ein weiteres Mal über die klassische Eisenbahn-Definition des Reichsgerichts lustig zu machen,¹ und sehen wir uns lieber einige der gebräuchlichsten Definitionen von Rechtsbegriffen daraufhin an, ob sie das Versprochene zu leisten vermögen.

»Eine Tatsache ist etwas Geschehenes oder Bestehendes, das zur Erscheinung gelangt und in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist.«² In der Erkenntnistheorie, der Phänomenologie, der Sprachphilosophie bemühen sich die Philosophen seit mehr als zwei Jahrtausenden um die Frage, was eine Tatsache ist. Die deutsche Rechtsprechung macht sich nun anheischig, diese alte Frage mit einem einzigen Satz zu beantworten. Dementsprechend sieht das Ergebnis aus. »Zur Erscheinung gelangt und in die

1 Vgl. z. B. *Haft*, Juristische Rhetorik, 3. Aufl., S. 60 ff. »Eine Eisenbahn ist ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften – Dampf, Elektrizität, tierischer oder menschlicher Muskelaktivität, bei geeigneter Ebene der Bahn auch schon durch die eigene Schwere der Transportgefäße und deren Ladung usf. – bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige, je nach den Umständen nur bezweckterweise nützliche oder auch Menschenleben vernichtende und menschliche Gesundheit verletzende Wirkung zu erzeugen fähig ist.«

2 RGSt 24, 387; 41, 193; 55, 131; 56, 231; LK-*Lackner* Rn. 10 zu § 263; OLG Stuttgart NJW 1979, 2573.

Wirklichkeit getreten« ist offensichtlich ein Pleonasmus. Seien Sie skeptisch gegen solche Pleonasmen, wer in einer Definition, die ja so kurz sein soll wie möglich, einen Pleonasmus benutzt, gerät gewissermaßen geistig ins Stottern, weil er nicht recht weiß, was er sagen soll. Die Definition ist sicher nicht richtig. Wäre sie es, so wäre mein Diktiergerät eine Tatsache, denn es ist ohne Zweifel ein Etwas, das zur Erscheinung gelangt und in die Wirklichkeit getreten und insofern auch dem Beweis zugänglich ist. Sollte also etwa bei der Prüfung eines Betrugers die Frage wirklich problematisch sein, ob der Inhalt einer bestimmten Behauptung des Täters eine Tatsache ist, so bringt Sie diese Definition der Lösung des Problems nicht einen Schritt näher, sie ist allenfalls geeignet, Sie zu verwirren und auf falsche Fährten zu locken. Einen einigermaßen klaren Aussagegehalt hat allenfalls das Erfordernis, dass das »Etwas« »dem Beweis zugänglich« sein muss, dies aber auch nur dann, wenn man Beweis dahingehend definiert, dass es ein Verfahren zur Ermittlung von Tatsachen ist. Das wäre dann eine sog. Zirkeldefinition, bei der zunächst ein definiendum durch ein definiens und dann das definiens wiederum durch das definiendum definiert wird.

Eine Körperverletzung begeht nach der Legaldefinition des Tatbestandes in § 223, wer »einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt«. Die körperliche Misshandlung wird nun von der Rechtsprechung weiter dahin definiert, sie sei »ein übles, unangemessenes Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigt«.³ Mit dem Begriff Körperverletzung verbindet man eine einigermaßen klare Vorstellung, so dass eine Definition kaum notwendig erscheint. Die Legaldefinition belehrt allenfalls darüber, dass auch eine leichte Körperverletzung eine Körperverletzung ist. Dass der Gesetzgeber es für notwendig erachtete, dies ausdrücklich darzustellen, hat historische Gründe.⁴ Immerhin ist der Ausdruck »körperliche Misshandlung« weniger klar als der Ausdruck »Körperverletzung«, so dass sich ein Bedürfnis nach seiner Definition einstellt. Durch die Definition »körperliche Misshandlung ist ein übles, unangemessenes Behandeln, das das körperliche Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigt«, wird der Begriff aber noch unklarer, der Pleonasmus (»übles, unangemessenes Behandeln«) ist dafür ein Symptom. Auch verschleiern diese Definitionen die einfache Tatsache, dass die vorsätzliche Körperverletzung ein reines Erfolgsdelikt ist und nicht, wie die Definitionen nahe legen, ein verhaltensgebundenes Delikt. Diese Definitionenkette ist Ihnen also bei der Lösung eines Körperverletzungsfalles in aller Regel nicht hilfreich, sondern nur hinderlich. Sie kann Ihnen allenfalls eine gewisse Hilfe bieten, wenn Sie darlegen wollen, dass auch das Bespritzen mit Tripperwasser oder das

3 BGHSt 14, 269; BayObLG NJW 1970, 769; Hamm VRS 8, 133.

4 Vgl. *Wächter*, Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts (1826), S. 181.

Anspucken⁵ eine Körperverletzung ist. Beides kann man aber auch mit guten Gründen bestreiten, und diesen Streit vermag die Definition auch nicht zu entscheiden, dazu ist sie zu vage.

Betrachten Sie andere Definitionen, beispielsweise die des empfindlichen Übels, der Wegnahme, der Urkunde usw., Sie werden immer wieder finden, dass der Sinngehalt des definiendum weniger klar ist als der des definiens, dass seine Grenzen verschwommen sind und seine sprachliche Form umständlich und geschraubt, um nicht zu sagen ausgesprochen hässlich. Juristen und Nichtjuristen werden auch seit Jahrhunderten nicht müde, sich über dieses klägliche Versagen der juristischen Definitionskunst lustig zu machen. Aber was ist der Grund für dieses Versagen, und warum hat es nicht zum gänzlichen Aussterben dieser gallertartigen Definitionsungeheuer geführt? Bei juristischen Begriffsdefinitionen, vor allem der Begriffe in Straftatbeständen, wird in erster Linie Wert darauf gelegt, dass sie alle denkbaren Fälle fassen, also auch die ungewöhnlichen, abseitigen und die Grenzfälle nicht ausschließen. Hat man den Begriff nämlich einmal definiert, so setzt man sich dem Vorwurf verbotener Analogie aus, wenn man nun einen Sachverhalt unter den Begriff subsumieren will, der unter die Definition nicht passt. Deshalb denkt man bei der Definition der Körperverletzung vor allen Dingen an das Bespritzen mit Tripperwasser und das Abschneiden von Haaren und bei der Definition der Urkunde vor allen Dingen an die Zufallsurkunde.⁶ Das ist der Grund dafür, dass bei den gebräuchlichen Definitionen strafrechtlicher Begriffe die Vagheiten und Unklarheiten eher zunehmen als abnehmen.

Warum aber, so fragt der intelligente Affe, soll ich mich mit allen Vagheiten und Unklarheiten einer juristischen Begriffsdefinition herumschlagen, um für einen einzigen, womöglich auch noch klaren und eindeutigen Fall zu entscheiden, ob der Begriff erfüllt ist? Schließlich muss man auch in einem so klaren Fall die Subsumtion der Tatsachen unter den Gesetzesbegriff irgendwie begründen. Dazu braucht man aber nicht eine allgemeine, für alle Fälle anwendbare Definition. Es genügt vielmehr, über den Begriff eine Aussage zu machen, die es gestattet, zu entscheiden, ob dieser eine Fall unter den Begriff subsumierbar ist. Dazu genügt die Angabe einer hinreichenden Bedingung für die Erfüllung des Begriffs. Das ist dann eine Teildefinition des Begriffs, denn eine Verknüpfung aller denkbaren hinreichenden Bedingungen für die Erfüllung des Begriffs, wäre eine Gesamtdefinition. Diese hinreichende Bedingung sollte möglichst klar und eindeutig formuliert sein und möglichst so, dass der Leser, also jeder Jurist, sich ohne weiteres mit ihr einverstanden erklärt. Das letztere wird sich freilich dann nicht erreichen lassen, wenn der vorliegende Fall tatsächlich zweifelhaft und umstritten ist. Haben Sie unter den Tatbestand des § 223 den Sachverhalt zu subsumieren, dass A

5 RG GA 1949, 274 (Tripperwasser); RG GA 1958, 184 (Anspucken).

6 LK-*Tröndle* Rn. 144 ff. zu § 267.

dem B einen Zahn ausgeschlagen hat, so genügt es zur Begründung des Erfolgs der Körperverletzung festzustellen, dass eine Einbuße an Körpersubstanz vorliegt. Niemand wird bestreiten, dass das eine Körperverletzung ist. Wenn A als Garant dem unter Schmerzen leidenden B keine ärztliche Hilfe bringt, so macht es ersichtlich Schwierigkeiten, dieses Unterlassen unter den Begriff der körperlichen Misshandlung zu subsumieren. Aber dass körperliche Schmerzen eine Gesundheitsbeeinträchtigung sind, ist unbestritten.

Die Begründung einer Subsumtion eines Falles unter einen Rechtsbegriff mit Hilfe solcher eigens auf den Fall zugeschnittener Teildefinition hat entscheidende Vorteile gegenüber der mechanischen Anwendung der Gesamtdefinition. Denn die Aussagen, die über Fall und Begriff mit Hilfe solcher Teildefinitionen gemacht werden können, sind fallnäher, konkreter, inhaltsreicher, klarer und präziser und meist auch konsensfähiger als diejenigen, die bei der Anwendung der allgemeinen Definition herauskommen.

Machen wir uns das noch an einem weiteren praktisch sehr wichtigen Beispiel klar. § 22 gibt folgende Definition des Versuchs: »Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt«. Daraus ist zunächst zu entnehmen, dass für die Entscheidung der Frage, ob noch eine Vorbereitungshandlung oder bereits ein Versuch vorliegt, nicht die objektive Lage, sondern die Vorstellung des Täters maßgeblich ist. Weiter drückt die Formel vom unmittelbaren Ansetzen aus, dass noch nicht notwendig ein Teil des Tatbestandes verwirklicht sein muss, eine Versuchshandlung vielmehr bereits dasjenige Verhalten sein kann, das der Tatbestandsverwirklichung unmittelbar vorausgeht und in sie übergeht. Sehr präzise sind diese Angaben nicht. Es ist der Rechtsprechung und der Wissenschaft auch nicht gelungen, diese entscheidende Grenze zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch klarer und eindeutiger zu ziehen. Es wurden lediglich mehr oder weniger anschauliche Formeln zu ihrer Bestimmung entwickelt wie beispielsweise, der Täter muss »die Schwelle zum Jetzt-geht's-los überschritten« haben,⁷ oder »der Vorsatz des Täters muss die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden haben«.⁸

Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall die Frage, ob der Täter diese Grenze überschritten hat oder nicht, ganz eindeutig entscheidbar und diese Entscheidung klar begründbar sein kann. Hat etwa der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal vollständig verwirklicht, beispielsweise die Täuschung beim Betrug oder die Drohung beim Raub, so hat er jedenfalls zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt. Um das auszudrücken, kann man sich folgender Teildefinition des Versuchs bedienen: Ein

7 BGHSt 28, 163; 26, 203; ebenso Schönke/Schröder-Eser Rn. 42 zu § 22; Roxin JuS 1979, 6; Blei JA 1976, 313.

8 Bockelmann, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch. JZ 1954, 468 ff.

Versuch liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter ein Merkmal des Tatbestandes bereits verwirklicht hat.

Hat der Täter bereits alles getan, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des strafbaren Erfolges notwendig war, so liegt ein beendeter Versuch vor. Der beendete Versuch ist ohne Zweifel ein Sonderfall des Versuchs. Da die Definition des beendeten Versuchs immer noch schärfer ist als die des Anfangs der Ausführung, kann man mit ihrer Hilfe zu einer eindeutigeren Entscheidung kommen, falls ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist aber ratsam, dabei klarzustellen, dass man den Begriff des beendeten Versuchs nicht etwa mit dem des Anfangs der Ausführung verwechselt. Es muss also zum Ausdruck gebracht werden, dass man sich zur Entscheidung der Frage, ob der einzelne Sachverhalt einen Versuch darstellt, nicht der allgemeinen Definitionen des Versuchs bedient hat, sondern einer Teildefinition, indem man etwa schreibt: »Ein Anfang der Ausführung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter bereits alles nach seinem Plan erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung getan hat«.

Wenn nun aber die Definitionen von juristischen Begriffen, wie wir gesehen haben, ihre Aufgabe, den Begriff zu präzisieren und zu klären so schlecht erfüllen, dass sie den Namen einer Definition kaum noch verdienen, worin besteht eigentlich ihr Nutzen, dem sie ihre Wertschätzung und Anwendung verdanken? Sie spalten die Begriffe in einzelne voneinander unabhängige Merkmale auf und beschreiben die Beziehungen, die zwischen diesen Merkmalen bestehen müssen. Sie geben also eine Anweisung, in welchen Einzelschritten man bei einem problematischen Fall die Subsumtionsentscheidung vollziehen muss. Zum Beispiel die klassische Definition des Vorsatzes, »Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tat«,⁹ ist nicht deshalb so beliebt, weil sie eine richtige und klare Vorstellung davon vermittelt, was im Rechtssinne Vorsatz ist, denn weder mit dem Wort Wissen, noch gar mit dem Wort Willen, ist auch nur einigermaßen richtig bezeichnet, was notwendige Bedingung für die Bejahung eines Vorsatzes ist. Richtig an dieser Definition ist aber, dass der Vorsatz zwei Elemente hat, die sich auf den gleichen Sachverhalt, die Tat, beziehen müssen: Das erste ist eine bestimmt geartete Vorstellung des Täters von diesem Sachverhalt, das zweite eine bestimmte Art der Einstellung dazu.

Der Ausdruck Gewahrsamsbruch ist weder klarer noch schärfer noch verständlicher als der Begriff Wegnahme. Aber die übliche Definition der Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams gibt die Anweisung, zunächst einmal die Gewahrsamsverhältnisse an der Sache vor der Handlung des Täters festzustellen, um dann zu prüfen, ob sie sich durch die Handlung des Täters geändert haben. Dieser Aufwand ist allerdings nur dann notwendig, wenn die Erfüllung des Merkmals Wegnahme zweifelhaft ist, wie

9 RGSt 51, 305, 311.

beispielsweise in einem Grenzfall zwischen Trickdiebstahl und Betrug. Um diese Leistung der Definition geschickt und sprachlich elegant zu nutzen, ist es nicht tunlich, zunächst einmal die ganze Definition herunter zu beten. Sie müssen ja doch Merkmal für Merkmal durchprüfen, also fangen Sie am besten gleich mit dem ersten an. Dass dieses Merkmal ein Element des Begriffes ist, ist meistens auch ohne Angabe der ganzen Definition einleuchtend. So können Sie beispielsweise in einem problematischen Fall der Wegnahme sogleich mit der Frage beginnen, ob ein anderer als der Täter vor Begehung der Tat Gewahrsam an der betreffenden Sache hatte.

Wenn Sie zu prüfen haben, ob der Austausch von Preisschildern an Waren im Kaufhaus eine Urkundenfälschung ist, so bringt es Sie nicht einen Schritt weiter, zunächst einmal die ganze Definition der Urkunde zu rezitieren, »eine Urkunde ist eine in dauerhaften Zeichen verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis bestimmt und geeignet ist und ihren Aussteller erkennen lässt«. ¹⁰ Dieses Vorgehen führt sogar in die Irre, denn Sie suchen ja gar nicht eine Urkunde, sondern eine falsche Urkunde, und die ist eines ganz sicher nicht, nämlich eine Urkunde. Sie müssen also fragen, ob die falsch ausgezeichnete Ware den Anschein erweckt, eine Urkunde zu sein, und ob sie in Wirklichkeit keine Urkunde ist. Die verschiedenen Merkmale der Urkunde müssen also zunächst scheinbar erfüllt sein, nicht in Wirklichkeit. Mehr als einmal habe ich zur Begründung der Subsumtion eines Schriftstücks unter den Begriff unechte Urkunde gelesen, es erfülle das Erfordernis der Beweiseignung deshalb, weil es geeignet sei, eine Urkundenfälschung zu beweisen. Die Anwendung der Urkundendefinition besteht also darin, dass man folgende drei Fragen anhand des Sachverhalts beantwortet:

1. Was ist der Inhalt der scheinbaren Erklärung? (Gedankenerklärung ist schon wieder ein Pleonasmus.)
2. In was für Zeichen ist die Erklärung dargestellt und sind diese hinreichend dauerhaft?
3. Wer erscheint als der Erklärende dieser Erklärung?

Was nun die Merkmale der Beweisbestimmung und Beweiseignung betrifft, so herrscht weder Einigkeit darüber, ob sie überhaupt notwendig sind, noch was sie bedeuten. ¹¹

Diesen Streit können und müssen Sie aber in der Regel und auch in unserem Beispielfall vermeiden, weil Sie es mit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zu tun haben. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist eindeutig geeignet, im Rechtsverkehr etwas zu beweisen, und der Erklärungswille im techni-

¹⁰ RGSt 6, 290; 17, 103; 62, 205; 64, 49; 77, 277; BGHSt 3, 85; 4, 285; 13, 239; 16, 96; 18, 66; vgl. m.w.N. *Dreher/Tröndle* Rn. 2 zu § 267.

¹¹ Ausführlich: *LK-Tröndle* Rn. 47 ff. zu § 267 m.w.N.

schen Sinne ist eindeutig und unstrittig als Beweisbestimmung ausreichend (Teildefinition). Jetzt können Sie sich der entscheidenden Frage zuwenden, ob diejenige Person, die als Erklärender erscheint, auch wirklich der Aussteller der Urkunde ist. Ist sie es nicht, so ist die Urkunde falsch. Es hat übrigens keinen Sinn, nach einem anderen Aussteller der unechten Urkunde zu suchen, den gibt es nicht, weil der Begriff »Aussteller einer unechten Urkunde« ein Widerspruch in sich ist.

Die Kunst, Streit zu vermeiden

Die Technik der Teildefinitionen verhilft nicht nur zu klareren, genaueren und fallnäheren Begründungen, sondern auch dazu, überflüssige theoretische Erörterungen zu vermeiden.

Der Rechtskandidat hat seine Aufgabe nicht im oben beschriebenen Sinne intelligent gelöst, wenn er irgendwann einmal den Satz niederschreiben muss: »Da alle Meinungen im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis kommen, erübrigt sich eine Entscheidung des Meinungsstreits.« Dass die verschiedenen Meinungen in sehr vielen Fällen zum gleichen Ergebnis kommen, ist nämlich kein Zufall, sondern hat seinen schlichten Grund darin, dass sie alle von den gleichen gesetzlichen Begriffen ausgehen. Es wäre schlimm für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, wenn wir uns über die gesetzlichen Begriffe so wenig verständigen könnten, dass der Streit über ihre Anwendung im Einzelfall die Regel und die Einigkeit die Ausnahme wäre. Da wir Juristen aber gewohnt sind, immer an die zweifelhaften und streitigen Fälle zu denken, und an die allgemeinsten Definitionen, die, wie wir gesehen haben, gerade an den Grenzfällen ausgerichtet sind, übertreiben wir die Bedeutung unserer Streitigkeiten maßlos.

Es ist also zunächst die Aufgabe des Kandidaten festzustellen, ob sein Fall zu den vielen gehört, in denen man sich über Anwendung oder Nichtanwendung des einschlägigen Gesetzesbegriffes einig ist, oder zu den wenigen, in denen Streit darüber herrscht. Dazu muss er versuchen, eine allgemeine Aussage über den Begriff zu formulieren, über die sich die verschiedenen Meinungen einig sind und die es ihm gestattet, zu entscheiden, ob sein Sachverhalt den Begriff erfüllt. Das kann eine hinreichende Bedingung für die Erfüllung des Begriffes sein, oder auch eine hinreichende Bedingung für seine Nichterfüllung. Am einfachsten ist das dann, wenn sich lediglich eine engere und eine weitere Interpretation des betreffenden Begriffes gegenüberstehen. Dann besteht Einigkeit darüber, dass jedenfalls diejenigen Sachverhalte unter den Begriff subsumierbar sind, die schon die Voraussetzungen der engsten Begriffsauffassung erfüllen.

Ein Beispiel dafür ist der Streit zwischen der ökonomischen und den verschiedenen juristisch-ökonomischen Vermögenstheorien beim Betrug. Man ist sich darüber einig, dass zum Vermögen nur Positionen gehören, die einen

wirtschaftlichen Wert haben. Man ist sich weiter darüber einig, dass ein subjektives Recht eine ausreichende Verknüpfung zwischen einer Person und einer solchen wirtschaftlich wertvollen Position darstellt, um diese Position der Person als ihr Vermögen zuzuordnen. Hat beispielsweise das Opfer des zu prüfenden Betruges über das Eigentum an einer Sache, ein Pfandrecht oder eine Forderung verfügt, so wäre es ein ausgesprochen unintelligentes Vorgehen, zunächst die verschiedenen Vermögenstheorien zu erörtern, um dann erstaunt festzustellen, dass sie im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis führen. Es genügt vielmehr, zur Entscheidung über die Subsumtionsfrage über den Begriff des Vermögens die folgende allgemein als richtig anerkannte Aussage zu machen: »Zum Vermögen gehören jedenfalls alle Rechte, die im Geschäftsverkehr einen Geldwert haben.« Liegt ein solches Recht vor, so erübrigt sich jeder weitere Streit.

Wie aber, wenn die streitenden Theorien von ganz verschiedenen Begriffsumschreibungen ausgehen; ist es dann nicht notwendig, erst einmal diese verschiedenen Definitionen auf den Einzelfall anzuwenden, um festzustellen, ob ihre Ergebnisse verschieden sind? Hier wird die Kunst, Streit zu vermeiden, schwieriger. Es genügt nämlich nicht mehr, einfach die verschiedenen Definitionen zu betrachten, um unmittelbar aus ihnen gemeinsame hinreichende Bedingungen ihrer Erfüllung abzuleiten. Man muss vielmehr in die Theorien und die von ihnen getroffenen näheren Bestimmungen der einzelnen Definitionselemente eindringen, um zu sehen, warum sie sich in den meisten Fällen letztlich doch einig sind und in welchen Fällen sie sich ernstlich streiten. Denn auch hier gilt, dass die Einigkeit der verschiedenen Positionen größer ist, als es bei Betrachtung nur ihrer allgemeinsten und abstraktesten Begriffsbestimmungen den Anschein hat.

Betrachten wir beispielsweise den Streit um den Täterbegriff. Die subjektive Täterlehre definiert: Täter ist, wer die Tat als eigene will, die objektive definiert: Täter ist, wer Anteil an der Tatherrschaft hat. Danach erscheint es nur als ein merkwürdiges Zusammentreffen verschiedener Umstände, wenn derjenige, der Täterwillen hat, zufällig auch Tatherrschaft ausübt. In Wahrheit decken sich diese Merkmale in der Regel und das ist auch kein Zufall. Denn die subjektive Täterlehre spricht dem Beteiligten Täterwillen in der Regel unter den gleichen Bedingungen zu und ab, unter denen die materiell-objektive Theorie seine Tatherrschaft oder Mitherrschaft annimmt oder ablehnt. Ich kann z. B. folgende von beiden Theorien anerkannte Anwendungsregeln des Täterbegriffs aufstellen:

Mittäter ist jedenfalls derjenige, er einen Teil eines mehraktigen Delikts vollständig allein ausführt, beispielsweise bei einem Raub die Drohung oder die Wegnahme.

Führen mehrere Beteiligte ein und denselben Täterfolg dergestalt herbei, dass alle das gleiche tun, stechen oder schlagen sie beispielsweise auf das Körperverletzungsoffer ein, so sind alle Täter.

Wer sich nur im Vorbereitungsstadium beteiligt, ist, wenn die Ausführenden voll deliktisch handeln, allenfalls ausnahmsweise Mittäter.

Es ist also nicht angebracht, bei jedem Beteiligten, der ein Tatmittel liefert oder einen Ratschlag gibt, erst einmal zu prüfen, ob er nicht doch vielleicht animus auctoris hatte. Das kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn er einen besonderen Einfluss auf die übrigen Beteiligten ausgeübt hat. Lehrbücher, Kommentare und Entscheidungen können dabei behilflich sein, solche Gemeinsamkeiten der streitenden Theorien herauszufinden und auch zu belegen. Dafür genügt es freilich nicht, die ersten einleitenden Sätze einer Kommentierung oder die Leitsätze der Entscheidungen zu lesen.

Betrachten wir noch ein zweites Beispiel, um genauer zu erkennen, wie es kommt, dass einerseits ein und derselbe Rechtsbegriff ganz verschieden definiert wird und andererseits diese Definitionen in den meisten Fällen doch den gleichen Anwendungsbereich haben. Das sog. Willenserfordernis des *dolus eventualis* wird ganz verschieden beschrieben. Es soll gegeben sein, wenn der Täter den Erfolg »billigend in Kauf nimmt«,¹² »im Rechtssinne billigt«,¹³ »keinen Vermeidewillen betätigt«,¹⁴ »die Gefahr ernst nimmt und sich mit ihr abfindet«,¹⁵ »die Gefahr innerlich aushält und sie nicht verdrängt«. ¹⁶ Diese Aufzählung ist noch nicht einmal vollständig. Dass sich so viele teilweise anscheinend völlig heterogene Bestimmungen des *dolus eventualis* halten können, obwohl man sich doch hoffentlich im Kern darüber einig ist, wann Vorsatz vorliegt und wann nicht, hat zweierlei Gründe. Wie schon am Beispiel der Täterlehren dargestellt, erkennen auch hier die Theorien unter Umständen die gleichen Indizien für das Vorliegen ihrer Begriffsmerkmale an. Hält der Täter beispielsweise den Erfolg für äußerst wahrscheinlich und entschließt er sich trotzdem in Ruhe und ohne Affekt zum Handeln, so kann man ihm ohne weiteres attestieren, dass er ihn billigend in Kauf genommen, im Rechtssinne gebilligt, sich mit der Gefahr seines Eintritts abgefunden, sie ausgehalten und sie nicht verdrängt hat. Hat er dagegen den Erfolg für sehr unwahrscheinlich gehalten, so wird man ihm in der Regel all die beschriebenen geistigen Haltungen zu seinem Eintritt gleichermaßen absprechen.

Der zweite Grund für die verborgene Einigkeit besteht darin, dass jede Theorie die von den anderen vorgeschlagenen Begriffsmerkmale als Indizien für das Vorliegen ihrer eigenen Begriffsmerkmale anerkennen kann. Hat der Täter eine nahe liegende Erfolgsgefahr klar erkannt und nicht verdrängt und trotzdem gehandelt, so spricht das dafür, dass er den Erfolgseintritt billigend

12 RGSt 33, 6; 72, 43; *Maurach-Zipf* AT 15 22 III B 2.

13 Vgl. BGHSt 7, 363, 369; 14, 240, 256; BGH NJW 1963, 2236; NJW 1968, 660, 661; NJW 1973, 861, 862

14 *Armin Kaufmann* ZStW 70 (1958), 64

15 *Blei* AT, S. 115; *SK-Rudolphi*, Rn. 16 zu § 16; beide m.w.N.

16 *Roxin* JuS 1964, 53, 60 f.; *Lackner* Anm. 113 b) aa) zu § 15; *Grünwald*, FS H. Mayer, S. 288; *Stratenwerth* ZStW 71 (1959), 51 (56).

in Kauf genommen hat. Umgekehrt, hat der Täter den Erfolgseintritt von vornherein in Kauf genommen, beispielsweise, weil er ihm gänzlich gleichgültig ist, so spricht das dafür, dass er die Gefahr nicht verdrängt, sondern sich mit ihr abgefunden hat, weil er zu solcher Verdrängung gar keinen Anlass hatte. Hat der Täter einen Vermeidewillen betätigt, so spricht das dafür, dass er den Erfolg nicht in Kauf genommen hat, usw. Beim Streit um den Täterbegriff können wir das gleiche Phänomen beobachten. Wenn die subjektive Täterlehre den Täterwillen gelegentlich als Willen zur Tatherrschaft bezeichnet, gibt sie zu, dass die objektive Tatherrschaft ein und zwar in der Regel das entscheidende Indiz für den *animus auctoris* ist.

Der Sinn eines Begriffes, zumal wenn er eine innere Tatsache beschreiben soll, die nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, ist aber wesentlich mitgeprägt von den Indizien, an denen man das Vorhandensein dieser Tatsache erkennen soll. In der Semantik wird sogar bezweifelt, ob es überhaupt sinnvoll ist, einen prinzipiellen Unterschied zu machen, zwischen den Merkmalen eines Begriffes und den Indizien, an denen man ihr Vorhandensein erkennen soll. Bedenkt man dies, so wird der Unterschied im Sinn der konkurrierenden Definitionen trotz ihres heterogenen Wortlauts noch geringer und letztlich überhaupt zweifelhaft. Jenseits solcher sprachphilosophischer Probleme bleibt für die Praxis festzuhalten, dass die konkurrierenden Begriffserläuterungen sich gegenseitig oft als Indizien anerkennen und anwenden. So erklärt sich, dass der Streit um die Begriffsdefinitionen, auch wenn sie ganz verschieden lauten, sich nur ausnahmsweise auf das Ergebnis im Einzelfall auswirkt, also zum guten Teil ein Streit um Worte ist.

Aber was soll der Fallbearbeiter mit dieser Aufklärung anfangen? Gelingt es ihm nicht, eine auf den Fall passende Teildefinition des Begriffs zu entwickeln, über die sich die verschiedenen Theorien einig sind, so bleibt ihm allerdings nichts anderes übrig, als die verschiedenen Begriffsdefinitionen nacheinander auf den Fall anzuwenden. Ist der Fall eindeutig und im Ergebnis unstreitig, so braucht er sich aber auch dann nicht mit dem Streit um die richtige Definition und seinen theoretischen Grundlagen auseinanderzusetzen. Wendet er nämlich nun die einzelnen Definitionen nicht nur formelhaft auf den Fall an, sondern unter sorgfältiger Auswertung der gegebenen Tatsachen, so wird klar werden, dass ein und dieselbe Tatsache des Sachverhalts das eine mal direkt unter das Begriffsmerkmal subsumiert, das andere Mal als Indiz für das Vorliegen des Merkmals verwertet wird. Damit wird deutlich genug, dass eine theoretische Auseinandersetzung mit den verschiedenen Definitionsvorschlägen für die Entscheidung des Falles nicht mehr erforderlich ist.

Um zu zeigen, dass dieses Vorgehen nicht nur theoretisch plausibel, sondern praktisch auch durchführbar ist, ist es vielleicht angebracht, es an einem Beispiel vorzuexerzieren. Der Autofahrer A lässt sein verletztes Unfallopfer am späten Abend an einer einsamen Landstraße liegen, um sich der Feststel-

lung seiner Unfallbeteiligung zu entziehen. Das Opfer ist bewusstlos und die Schwere des Unfalls sowie die sichtbaren Kopfverletzungen, die sich der Täter angesehen hat, lassen auf Lebensgefahr schließen. Sie haben zunächst bei der Wissensseite des Vorsatzes festgestellt, dass der Täter anhand dieser Indizien die nahe liegende Lebensgefahr erkannt hat und kommen nun zur sog. Willensseite des Vorsatzes. Sie können nun etwa wie folgt fortfahren:

»Nach der sog. Vorstellungstheorie ist erforderlich, dass der Täter die Lebensgefahr nicht verdrängt, sondern sie sich bewusst gemacht und ausgehalten hat. A hatte ausreichend Zeit und Ruhe, sich innerlich mit der Situation auseinanderzusetzen. Die Lebensgefahr des Opfers und seine eigene Verantwortung für sie standen ihm dabei derart handgreiflich vor Augen, dass sie schwer zu verdrängen waren. Auch war dem Täter angesichts der Umstände des Falles, insbesondere der Tatsache, dass es bereits später Abend und die Landstraße wenig befahren war, klar, dass das Opfer nur durch einen besonders glücklichen Zufall gerettet werden könnte, wenn er es seinem Schicksal überließe. Daraus ergibt sich, dass A die von ihm klar erkannte Möglichkeit des Todeseintritts ausgehalten und sich mit ihr abgefunden hat, als er sich zur Weiterfahrt entschloss. Die Rechtsprechung verlangt, dass der Täter den Erfolgseintritt billigend in Kauf genommen hat, was nicht bedeutet, dass er mit diesem positive Gefühle verbindet. Er darf nur nicht in einem ernsthaften und nicht nur vagen Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges gehandelt haben. Ein Vertrauen auf den glücklichen Zufall, dass doch noch ein verspäteter Autofahrer auf dieser Landstraße vorbeikommt und sich um den Verletzten kümmert, wäre im vorliegenden Fall allerdings nur ein vages und nicht ein ernstzunehmendes. Da sich A, wie dargestellt, in Ruhe über Art und Ausmaß der Lebensgefahr Klarheit verschafft hatte, hat er die Gefahr im Sinne der Rechtsprechung billigend in Kauf genommen, als er sich dafür entschied, das dringend auf seine Hilfe angewiesene Opfer seinem Schicksal zu überlassen, um sich der Feststellung seiner Unfallbeteiligung zu entziehen«.

Niemand wird nach solchen Ausführungen vom Verfasser erwarten, dass er sich noch mit dem Streit um die verschiedenen Definitionen des *dolus eventualis* auseinandersetzt.

Dagegen werden Sie mit den folgenden Ausführungen Ihren Prüfer nicht zufrieden stellen: »Der Täter hat die Lebensgefahr für das Unfallopfer erkannt. Er hat diese Gefahr auch ernst genommen. Da er nichts zu ihrer Abwendung unternommen hat, hat er den Erfolg auch billigend in Kauf genommen. Alle Meinungen kommen zum gleichen Ergebnis, so dass sich eine Streitentscheidung erübrigt.« Hier folgt eine Behauptung der anderen und keine wird begründet. Solche Floskeln würden auf jeden Fall bewusster Fahrlässigkeit ebenso gut oder schlecht passen. Es fehlt das womit Sie auf Ihren Prüfer, sei er Praktiker oder Theoretiker, am sichersten Eindruck machen, eine sorgfältige Auswertung und Würdigung der Angaben des Sachverhalts.

Wer dies vernachlässigt, ist in Gefahr, die Kunst, Streit zu vermeiden zu übertreiben und auch durch formelhafte Anwendung ihrer Kriterien zu der Behauptung zu kommen, dass alle Meinungen zum gleichen Ergebnis führen, wo der Fall auf eine Entscheidung des Theorienstreits zugeschnitten ist. Gerade beim Problem der Unterscheidung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit habe ich diese »Klausurtaktik« in der Übung all zu oft erlebt.

Endlich ein Theorienstreit

Hat sich ein theoretischer Meinungsstreit nun wirklich als relevant für die Entscheidung Ihres Falles erwiesen, weil Sie alle Künste, den Streit zu vermeiden, vergeblich am Fall erprobt haben, so wird es Ihnen auch nicht schwerfallen, Ihrem Leser klarzumachen, warum die Entscheidung dieses Streites notwendig ist, und vor allen Dingen auch den Streit im Hinblick auf seine Fallrelevanz richtig zu begrenzen. Auch dies wird von den meisten Bearbeitern versäumt. Wenn beispielsweise im Rahmen einer Betrugsprüfung der Satz auftaucht, »um festzustellen, ob A eine Vermögensverfügung getroffen hat, sind zunächst die verschiedenen Vermögensbegriffe zu klären«, so hat der Verfasser damit mit aller wünschenswerten Deutlichkeit zugegeben, dass er sich über die Bedeutung des Theorienstreits für die Entscheidung seines Falles noch keinerlei Klarheit verschafft hat, dies vielmehr erst tun will, nachdem er die streitenden Meinungen dargestellt hat. Schließt diese Darstellung dann auch noch mit dem Resultat, dass alle Meinungen zum gleichen Ergebnis kommen, der Streit also dahingestellt bleiben kann, so hat sich die ganze theoretische Erörterung als überflüssig herausgestellt und das Versagen des Verfassers bei seiner juristischen Aufgabe ist perfekt. Aber auch wenn das letztere nicht der Fall ist, so hat der Verfasser die Verknüpfung zwischen dem theoretischen Problem und seinem Sachverhalt nicht selbst hergestellt, sondern dies sträflicherweise seinem Leser überlassen.

Stellen Sie zunächst einmal klar, welche Umstände des Sachverhalts Zweifel daran nahe legen, ob der Sachverhalt unter einen bestimmten Begriff subsumierbar ist oder nicht. Bedenken Sie, dass Sie dabei als Jurist zu einem Juristen sprechen und nicht zu einem Laien oder einem Anfänger, dem Sie anhand eines anschaulichen Falles einige Grundbegriffe und Zweifelsfragen des Strafrechts deutlich machen wollen. Sie können und müssen bereits an dieser Stelle andeuten, was für und was gegen die Subsumtion des Sachverhalts unter den umstrittenen Rechtsbegriff spricht und dabei bereits die Begriffsmerkmale ansprechen, deren Notwendigkeit umstritten ist.

Wenn Sie beispielsweise den Fall zu prüfen haben, dass ein Hehlerkommissionär den Dieb, mit dem er in laufenden hehlerischen Geschäftsbeziehungen steht, um einen Teil des Erlöses aus dem Umsatz heißer Ware geprellt hat, und nun im Rahmen des Betrugstatbestandes zur Vermögensver-

fügung kommen, so werden Sie sogleich den Eindruck haben, dass der Streit um die verschiedenen Vermögensbegriffe hier irgendwie einschlägig ist. Damit sind Sie aber noch längst nicht ausreichend für die Diskussion der fallerheblichen Rechtsprobleme vorbereitet. Stellen Sie zunächst einmal fest, was als Gegenstand des Vermögens des Diebes in Betracht kommt, über den er zugunsten des Hehlers verfügt haben könnte. Sie werden finden, dass dies nur die Aussicht gewesen sein kann, einen höheren Anteil an dem Gewinn des Absatzgeschäfts zu erlangen. Sie müssen also zunächst prüfen, ob diese Aussicht tatsächlich bestanden hat und ob sie einen wirtschaftlichen Wert hatte, denn über dieses Erfordernis des Vermögensbegriffes sind sich alle Theorien einig. Sie werden also zunächst feststellen, dass der Hehler im Hinblick auf die zukünftigen Geschäftsbeziehungen, dem Dieb wahrscheinlich den versprochenen höheren Anteil am Gewinn ausgezahlt hätte, wenn dieser seine Täuschung durchschaut hätte. Der Dieb hatte also eine tatsächliche Aussicht auf Erwerb von Geld, also einen wirtschaftlichen Wert, und er hat sich eben diese Aussicht dadurch verschertzt, dass er sich unter dem Einfluss der Täuschung mit dem geringeren Anteil zufrieden gegeben hat. Diese Aussicht war aber in keiner Weise rechtlich geschützt, im Gegenteil, es steht geradezu im Widerspruch zur Rechtsordnung, nämlich zum Verbot der Hehleri, dass der Täter durch solche Geschäfte Vorteile aus seinem Diebstahl zieht. So, nun können Sie die für die Entscheidung Ihres Falles relevante und umstrittene Rechtsfragen richtig formulieren. Sie könnte etwa wie folgt lauten:

»Es ist umstritten, ob jeder wirtschaftliche Wert als Vermögensbestandteil im Sinne des Betrugstatbestandes anzuerkennen und damit dem Schutz dieses Tatbestandes zu unterstellen ist, auch wenn die Innehabung bzw. Erlangung dieses wirtschaftlichen Werts einem rechtlichen Verbot zuwiderläuft oder sonst der Rechtsordnung im Ganzen widerspricht«.

Nur mit dieser Rechtsfrage haben Sie sich theoretisch auseinanderzusetzen, Sie brauchen also den Streit um weitere juristische Einschränkungen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs erst gar nicht anzusprechen. Nun mögen Sie bei Rechtsprechung und Wissenschaft Rat und Argumentationshilfe für Ihre eigene Entscheidung dieses Rechtsproblems und deren Begründung einholen. Sie werden nicht mehr in Gefahr geraten, sich von Ihrem Fall ablenken zu lassen und überflüssige Abschreibarbeit zu leisten.

Ein weiterer Vorteil dieses fallorientierten Vorgehens ist, dass Ihnen nun Ihr eigener Fall als Anschauungsmaterial für die zu erörternde Streitfrage dient und Ihr Interesse wie Ihr Verständnis für das Problem und die ausgetauschten Argumente fördert. Es ist ratsam, auf diesen Fall bei der Darstellung und Würdigung der einzelnen Argumente immer wieder als Beispiel Bezug zu nehmen. Ihre Argumentation und Ihre schließliche Fallentscheidung werden dadurch nur überzeugender. Hat der Bearbeiter das Problem zu abstrakt gefasst und nicht klar mit dem Sachverhalt verknüpft, so wirken

auch seine theoretischen Ausführungen meist eigenartig trocken, steril und desinteressiert. Man hat beinahe den Eindruck, der Verfasser habe bereits beim Niederschreiben dieser Sätze das Urteil seines Prüfers geteilt, dass es sich um nichts anderes handelt, als um unnütze und unschöpferische Fleißarbeit.

Reklame oder Plagiat

Sie haben also endlich einen Streitstand darzustellen und ihn zu entscheiden. Die meisten Kandidaten glauben nun allen Ernstes, es werde von ihnen erwartet, nachdem sie alle ausgetauschten Argumente getreulich nacheinander referiert haben, sich selbst das eine entscheidende Argument auszudenken, das diesen Streit ein für allemal vom Tisch wischt. Hat der Kandidat nun wirklich den Mut, sich ein neues Argument auszudenken, so wird man ihm das in jedem Fall honorieren, auch wenn dieses Argument nicht in allen seinen Konsequenzen vollständig durchdacht ist und weniger überzeugt als die bereits bekannten. Aber in wohlbegründeter Bescheidenheit scheuen die meisten Kandidaten vor solch einem Wagstück zurück. Sie sehen nur noch zwei Möglichkeiten, den Theorienstreit zu entscheiden, entweder Reklame oder ein Plagiat. Die erste Möglichkeit besteht darin, dass zunächst unter sorgfältigem Nachweis der Entdecker alle Argumente dargestellt werden, die die eine Meinung für sich anführt, um dann genauso mit der anderen zu verfahren. Dann hat man also keine Argumente mehr, um den Streit zu entscheiden. Man kann nur noch seine eigene Präferenz für die eine Meinung bekunden. Das geschieht dann etwa dadurch, dass man sagt, die Meinung X sei zu befürworten, denn sie führe zu billigen und gerechten Ergebnissen. Oder man sagt, die Meinung Y sei abzulehnen, weil sie zu eng sei, oder die Gegenmeinung X sei falsch, weil sie zu weit sei, oder man schreibt, die Meinung X führe zu unerträglichen Strafbarkeitslücken (Strafbarkeitslücken sind offenbar immer unerträglich), oder die Meinung Y werde dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts nicht gerecht (fragmentarisch ist im Strafrecht offenbar immer gut). Wer so verfährt, verwechselt Argumentation mit Reklame. Wie schon ihre Gegenüberstellung zeigt, sind diese »Argumente« beliebig austauschbar und daher nichts sagende Phrasen. Leider hat diese Art der »Argumentation« ihre Vorbilder in der Literatur, nicht nur in Kurzlehrbüchern und Kurzkomentaren, sondern auch in Aufsätzen, in denen die Verfasser dazu neigen, den Leser gleich zu Anfang mit ihren Ergebnissen zu konfrontieren, um dann ohne gründliche Auseinandersetzung mit Gegenpositionen und Gegenargumenten für diese zu werben. Bei Kurzlehrbüchern und Kurzkomentaren, nach denen der heutige Student meist lernt, ist diese Erscheinung noch verständlich, denn angesichts der ständig wachsenden Zahl der Probleme und Gelehrtenstreitigkeiten und der mehr oder weniger originellen neuen Lösungsvorschläge, fehlt den Verfassern einfach der Raum, sich

mit jeder Meinung gründlich auseinanderzusetzen, die sie ihren Lesern mitteilen müssen, sie müssen sich vielmehr darauf beschränken, dem Leser unter Verweisung auf weiterführende Literatur den Streitstand darzustellen und ihre eigene Position dazu nur anzudeuten. Deshalb sind solche Kurzdarstellungen nicht geeignet, juristisches Argumentieren am Beispiel zu lernen. Dies ist wahrscheinlich für den heutigen Studenten wesentlich schwerer geworden, als es das früher war. Denn in früheren Zeiten war sowohl die Zahl der Probleme als auch die Zahl der sich am Streit beteiligenden Diskutanten kleiner, so dass die Diskussion intensiver und eingehender geführt wurde.

Die zweite von Kandidaten gern gewählte Möglichkeit besteht darin, zunächst ebenso die Argumente der verschiedenen Meinungen je für sich darzustellen und zu belegen, dabei aber das eine Argument auszusparen, das der Kandidat selbst für das überzeugende hält. Das setzt er dann als das entscheidende an den Schluss, möglichst unter Verschweigen der Quelle, aus der er es hat. Das nennt man ein Plagiat. Glauben Sie aber nur nicht, dass der Prüfer, der die Literatur ja meistens auch kennt, auf solch einen einfachen Trick hereinfliegen wird. Wenn Sie also schon so verfahren, so geben Sie lieber offen zu, aus welcher Quelle Sie das Argument haben. Das tut Ihrer Ehre als Gutachter keinen Abbruch, im Gegenteil, es beweist Ihre Gewissenhaftigkeit. Es ist keine Schande, ein gutes Argument von einem anderen Denker zu übernehmen. Es ist ein im Grunde recht naiver Irrglaube, dass von Ihnen an dieser Stelle unbedingt Originalität erwartet werde, vor allen Dingen, wenn es sich um einen längst ausdiskutierten und festgefahrenen Theorienstreit handelt.

In einer Anleitung zur Anfertigung von Klausuren¹⁷ wird der Rat erteilt, zunächst diejenige Meinung ins Feld zu führen, die man ablehnen möchte, um sie dann mit den Argumenten der Meinung aus dem Feld zu schlagen, der man sich anschließen will. In der Klausur ist für ernsthaftes juristisches Nachdenken keine Zeit. Sie können und sollen hier nur zeigen, dass Sie das »Problem« des Falles erkannt haben und dass Sie »den Streitstand«, d. h. die wichtigsten Argumente für und wider die verschiedenen Auffassungen dazu in groben Zügen kennen. Da ist dieses Verfahren der oben geschilderten Reklame immer noch vorzuziehen. Aber eine faire und redliche Methode der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Gegenpositionen ist das nicht.

In der Hausarbeit wie in einer wissenschaftlichen Abhandlung ist es in aller Regel schon ein Fehler, die verschiedenen Meinungen dergestalt getrennt voneinander abzuhandeln, dass man für jede all ihre Argumente zunächst hintereinander schreibt, um sich dann einer anderen Auffassung zuzuwenden, die man dann ebenso vollständig verpulvert. In einer wissenschaftlichen Arbeit, beispielsweise einer Dissertation oder einer Habilitationsschrift, drückt sich dies dann dadurch aus, dass eine Reihe von Kapitelüberschriften

¹⁷ *Arzt, Gunter*, Die Strafrechtsklausur, S. 23.

lauten: »Die Meinung von X«, »die Auffassung von Y«, »die Ansicht von Z und S« usw., und schließlich »die eigene Lösung«. Wenn ich so ein Inhaltsverzeichnis lese, bin ich mir schon ziemlich sicher, dass der Verf. die Auffassungen von X, Y, Z und S mit mehr oder weniger dürftigen Argumenten ablehnen wird, um dann seine eigene als die einwandfreie und schlechthin makellose Lösung zu präsentieren. Dabei kann es ihm sogar entgehen, dass diese eigene Lösung genau den gleichen Einwänden ausgesetzt ist, mit denen er selbst andere verworfen hat. So wird der »Streitstand« um eine weitere mehr oder weniger originelle Variante bereichert, die Diskussion um das Problem wird aber kaum weitergebracht.

Solche Vorbilder wissenschaftlicher Diskussion lassen es verzeihlich erscheinen, dass die meisten Studenten und Kandidaten dazu neigen, über dem Streitstand das Problem zu vergessen. Sie betrachten die Streitstände als einen Wissensstoff, den sie zu lernen oder nachzulesen haben, weil er da ist. Schließlich werden die Gelehrten dafür bezahlt, dass sie sich streiten; und da sie sich fast überall streiten, lohnt es sich auch nicht, der Frage nachzugehen, warum sie sich gerade an dieser Stelle auch streiten. Hat der Gutachter sich aber ein einschlägiges Problem einmal am Sachverhalt klargemacht und hat er es nicht vor lauter Abschreiben von Streitständen aus dem Blick verloren, so wird er finden, dass die verschiedenen Argumente der verschiedenen Problemlösungen meist nicht gänzlich zusammenhanglos nebeneinander stehen, sondern aufeinander antworten, so dass man sie als Argument und Gegenargument einander gegenüberstellen kann. Man sollte also zu Anfang der Erörterung eines Theorienstreites zunächst nur die Ergebnisse der einzelnen Theorien umreißen und auf den Fall anwenden und diese nur soweit begründen, als es für das Verständnis des Ergebnisses unbedingt notwendig ist. Dann kann man zwischen den streitenden Parteien mit Hilfe ihrer Argumente und Gegenargumente eine Art Match (früher sagte man Dialog) eröffnen und dieses dann selbst entscheiden. Man muss allerdings für jeden solchen Schlagabtausch gesondert entscheiden, welche Partei ihn gewonnen hat, ehe man das nächste Match eröffnet. Sonst besteht die Gefahr, dass nicht die Überzeugungskraft und das Gewicht der Argumente entscheiden, sondern ihre Zahl.

Erproben wir diese Technik am Beispiel unseres Betrugsproblems. Es ging um die Frage, ob die Aussicht eines Diebes auf den verabredeten Anteil am Hehlerpreis ein Bestandteil seines Vermögens im Sinne des Betrugstatbestandes ist. Zur Einleitung unseres geistigen Matches hatten wir festgestellt, dass die wirtschaftliche Vermögenstheorie jede faktische wirtschaftlich wertvolle Position dem Vermögensbegriff und damit dem strafrechtlichen Schutz des § 263 unterstellt und die relevante Gegenmeinung es ablehnt, solche wirtschaftlich wertvollen Positionen als Vermögen im Sinne des § 263 zu behandeln, die der Betreffende gegen die Rechtsordnung innehat oder erlangt.

Das erste Argument der Rechtsprechung wird meist wie folgt formuliert: »Es darf kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen geben.«¹⁸ Diese Formulierung ist zunächst unkorrekt, denn ob es sich überhaupt um Vermögen handelt, ist ja gerade streitig. Es muss also heißen: Es darf keine wirtschaftlich wertvollen Positionen geben, die nicht dem Schutz des Vermögensstrafrechts unterfallen. Das Gegenargument dazu ist etwa so zu formulieren: Die Rechtsordnung würde sich mit sich selbst in Widerspruch setzen, wenn sie nach § 263 eine Erwerbsmöglichkeit mit strafrechtlichen Mitteln schützen würde, deren Erlangung und Realisierung nach anderen Vorschriften, hier § 259 StGB, verboten ist. Die Rechtsprechung kontert: Auch bei verbotenen Geschäften dürfe es zwischen den Geschäftspartnern keinen rechtsfreien Raum geben. Darauf repliziert die Gegenmeinung, dass die Rechtsordnung eben diesen rechtsfreien Raum schafft, indem sie dem betroffenen Geschäftspartner die Klagemöglichkeit verweigert und damit die Möglichkeit, seine wirtschaftlich wertvollen Positionen mit den Mitteln des Rechts durchzusetzen. Die Gewährung eines Strafschutzes nach § 263 würde diesen Grundsatz unterlaufen, indem sie nun dem Betroffenen eine Klagemöglichkeit nach § 823 Abs. 2 BGB eröffnet. Damit ist das Argument der Rechtsprechung, es dürfe keinen rechtsfreien Raum zwischen den Partnern eines verbotenen Geschäfts geben, aus dem Feld geschlagen. Die Rechtsprechung macht weiter geltend, der Täter habe sich doch normwidrig verhalten, indem er mit listigen Mitteln dem anderen einen wirtschaftlichen Wert entzogen habe. Das Gegenargument dazu ist, die dem zugrunde liegende Norm laufe darauf hinaus, dass man ein verbotenes Geschäft, wenn man es überhaupt tätige, wenigstens redlich abzuwickeln habe. Die Anerkennung einer solchen Norm würde dem Verbot dieses Geschäfts, hier dem § 259, direkt widersprechen, denn man kann keine rechtlich verbindlichen Regeln für Geschäfte aufstellen, die von Rechts wegen nicht erlaubt sind. Dies zeigt sich auch daran, dass der Zweck des § 259 durch einen solchen Rechtsschutz des Diebes teilweise konterkariert würde, denn § 259 will dem Dieb ja gerade die Möglichkeit nehmen, aus seiner Beute durch deren Absatz Gewinn zu ziehen. Auch dieses Match ist also zugunsten der Lehrmeinung ausgegangen. Die Rechtsprechung argumentiert weiter, es komme nicht darauf an, dass der Geschädigte den Rechtsschutz verdiene, sondern darauf, dass der Schädiger sich seinem Geschäftspartner gegenüber treuwidrig verhalten, und damit immerhin gegen die »Gauerehre« verstoßen habe. Das Gegenargument könnte wie folgt formuliert werden: Es mag sein, dass sich der Hehler anstößig verhalten habe, indem er gegen die »Gauerehre« verstoßen habe. Das kann aber keinen strafrechtlichen Vorwurf begründen, denn der setzt voraus, dass der Täter einen rechtswidrigen Zustand herbeigeführt hat oder doch herbeiführen wollte. Dass dem Dieb ein Teil seines Diebesgewinns entgeht, ist aber kein Un-

18 So auch BGHSt 2, 364, 365; 8, 256; OGH 2, 201.

recht. Ein strafrechtlicher Vorwurf, der nur auf der Anstößigkeit des Verhaltens beruht, wäre Gesinnungsstrafrecht. Damit ist also auch das Argument mit der Gaunerehre widerlegt. Gegen dieses Argument spricht folgende weitere Überlegung: Der Bestand der Erwerbssaussicht als wirtschaftlich faktische Position hängt davon ab, dass der Geschäftspartner wenigstens noch soviel Gaunerehre hat, dass er dem Getäuschten den wirtschaftlichen Vorteil nicht auch dann verweigern würde, wenn dieser seine Täuschung durchschaut. Das Resultat wäre also, dass derjenige, der noch ein bisschen Gaunerehre hat, sich um dieses Restes willen strafbar macht, während derjenige, der sich dem anderen überhaupt nicht mehr verpflichtet fühlt, also gar keine Gaunerehre mehr hat, sich auch unter Zugrundelegung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs nicht wegen Betrugs strafbar machen könnte.¹⁹ Auch der Versuch der Rechtsprechung, die »Gaunerehre« nach § 263 strafrechtlich zu schützen, würde nichts daran ändern, dass sich im rechtsfreien Raum verbotener Geschäfte der Stärkere und Skrupellosere durchsetzt. Deswegen hat ein strafrechtliches Verbot der List in diesem Bereich keinen Sinn.

So könnte also beispielsweise eine argumentative Auseinandersetzung zwischen zwei Rechtsansichten aussehen. Es versteht sich, dass die Argumente auch anders gruppiert und anders zusammengefasst werden können. Es versteht sich auch, dass das Ergebnis nicht zwingend ist. Ob ein Argument nämlich durch ein anderes wirklich widerlegt ist, darüber gibt es keine allgemeingültigen zwingenden Regeln, es sei denn, das Argument bestehe darin, der Gegenposition einen unkorrigierbaren logischen Fehler nachzuweisen. Es ist auch nicht nötig, wie ich es hier der Deutlichkeit halber getan habe, nach jedem Schlagabtausch noch extra auszusprechen, welches Argument den Verfasser mehr überzeugt hat. Man macht dies am besten dadurch deutlich, dass man dieses Argument jeweils als letztes nennt. Im Übrigen muss der Autor der Überzeugungskraft der Argumente selbst vertrauen. Er kann diese Überzeugungskraft vor allem dadurch erhöhen, dass er die Argumente möglichst klar formuliert und gegeneinander stellt. Das ist übrigens auch ein wesentlicher Teil der Kunst des praktischen Juristen.

Die juristischen Schlussformen

Unser Beispiel war insofern einfach, als die Argumente jeweils unmittelbar auf die vertretene Rechtsfolge zielten. Es gibt aber auch Argumentationsketten zur Ableitung einer bestimmten Rechtsfolge. Hier gilt es zunächst, die Argumentationsketten sorgfältig aufzustellen, um dann zu sehen, an welcher Stelle eine Argumentationskette überhaupt anfechtbar ist. Dies ist nämlich die Stelle, wo die eigentliche Entscheidung für die Rechtsfolge fällt und demgemäß auch die Stelle, wo der Meinungsstreit ansetzt. Hier wird oft nicht

¹⁹ Vgl. auch *Kohlrausch-Lange* Anm. V 1 c) zu § 263 m.w.N.; auch OLG Hamburg NJW 1966, 1525, 1526.

mit der nötigen Sorgfalt und Genauigkeit verfahren. Dies können wir uns an den sog. juristischen Schlussformeln klarmachen, dies sind der Analogieschluss, der Umkehrschluss und das *argumentum a fortiori*.

Diese Argumente werden zunächst dann angewandt, wenn das Gesetz über eine bestimmte Fallgruppe ausdrücklich nichts aussagt, es aber eine Vorschrift gibt, die eine bestimmte Rechtsfolge für eine Fallgruppe vorsieht, die der problematischen in einigen Eigenschaften ähnlich ist, in anderen aber natürlich von ihr abweicht. Hier heißt es dann entweder, es folge aus dem Analogieschluss, dass die Vorschrift auf diese Fälle ebenfalls anzuwenden sei, oder, es folge aus dem Umkehrschluss, dass sie auf diese Gruppe nicht anwendbar sei.

Dergestalt von der Logik im Stich gelassen, wendet sich der Gutachter nun anderen Überlegungen, insbesondere teleologischen zu, um den Streit doch noch zu entscheiden. In einem Anleitungsbuch für Anfänger²⁰ steht dazu folgendes:

»Wichtig ... ist die Erkenntnis, dass logische Schlüsse, wie insbesondere der Umkehrschluss, der Erst-Recht-Schluss und der Analogieschluss, nur technische (formale) Hilfsmittel sind, die ebensogut für die eine wie für die andere Begründung herangezogen werden können und inhaltlich nicht selten fragwürdig sind. Die gesamte Argumentationsweise bei der Falllösung und »Subsumtion« muss daher zwar logisch richtig, nämlich folgerichtig sein, darf sich aber nicht auf die genannten logischen Schlüsse beschränken, sondern ist aufgrund der eigentlichen Auslegungskriterien teleologisch wertend auszufüllen«.

Zunächst stellt sich die Frage, wozu dann diese logischen Schlussverfahren überhaupt noch gut sind, und ob man sie nicht besser gleich weglassen sollte, um sich sofort den »eigentlichen Auslegungskriterien« und der »teleologischen Wertung« zuzuwenden. Vor allen Dingen ist es erstaunlich, dass aus ein und derselben Reihe von Sätzen nämlich derselben Norm und demselben Sachverhalt, sowohl die Bejahung als auch die Verneinung einer Rechtsfolge logisch folgen soll. Lässt sich nämlich aus einer Gruppe von Sätzen eine Folge logisch schließen, so muss jede Argumentation mit Hilfe dieser Sätze, die das Gegenteil ergibt, doch logisch falsch sein, zumal eine solche, die ihrerseits ebenfalls den Anspruch erhebt, rein logisch zu sein.

Die Lösung des Rätsels ist einfach: Für einen Fall, der nicht unter ein Gesetz subsumierbar ist, folgt aus diesem Gesetz logisch zunächst einmal gar nichts. Das Gesetz sagt über diesen Fall nichts aus. Analogieschluss und Umkehrschluss werden logisch gültige Schlüsse nur dadurch, dass sie zu diesem Sachverhalt und dem Gesetz, das nichts über den Sachverhalt aussagt, noch weitere Prämissen hinzunehmen. Diese sind jeweils verschiedene, und deshalb kommen bei der Anwendung der beiden Schlussverfahren verschie-

20 Tiedemann, Die Zwischenprüfung im Strafrecht, S. 84.

dene Ergebnisse heraus. Diese zusätzlichen Prämissen sind es denn auch, über deren Richtigkeit man sich streiten kann und auch streitet, sofern man uneins darüber ist, ob die betreffenden Rechtsfragen mit Hilfe des Analogieschlusses oder des Umkehrschlusses gelöst werden sollen. In den Logiklehrbüchern für Juristen²¹ und den Lehrbüchern zur Methodik der Rechtswissenschaft²² finden sich ausgezeichnete Darstellungen der logischen Struktur dieser Argumentationsformen. Leider werden diese Bücher wegen ihres hohen theoretischen Anspruchs und der Abstraktheit ihrer Darlegungen von den meisten Studenten gemieden. Es ist deshalb geraten, diese für den Juristen so wichtigen Argumentationsmuster hier nochmals an einem Beispiel darzustellen. Da es hier nur um sehr einfache logische Zusammenhänge geht, können wir auf logische Formeln verzichten. Wir wählen als Beispiel den klassischen dogmatischen Streit um die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums, also des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes.

Zunächst ist die Frage, ob sich im Gesetz eine Regelung der Rechtsfolgen eines Erlaubnistatbestandsirrtums findet. Nach § 16 StGB ist Vorsatz ausgeschlossen, wenn der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen geht davon aus, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe Umstände dieser Art sind, weil die Rechtfertigungsgründe eben negative Tatbestandsmerkmale darstellen.²³ Für diese Lehre tritt also die Frage erst gar nicht auf, ob hier ein Umkehrschluss oder ein Analogieschluss in Betracht kommt. Allgemein gesprochen, es ist zunächst festzustellen, ob überhaupt eine Gesetzeslücke besteht, d. h. ein Sachverhalt, der ausdrücklich gesetzlich nicht geregelt ist, aber der Regelung bedarf. Zu einem Streit zwischen einer möglichen Anwendung des Analogieschlusses und einer Anwendung des Umkehrschlusses kommen wir also erst, wenn wir die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ablehnen. Die sog. eingeschränkte Schuldtheorie wendet auf den Erlaubnistatbestandsirrtum einen Analogieschluss aus § 16

21 Klug, Ulrich, Juristische Logik, 4. Aufl. (1980), S. 109 ff., S. 137 ff.; Heller, Theodor, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung (1961), S. 132 ff.; Schreiber, Rupert, Logik des Rechts (1962), S. 47 ff.; Wagner, Heinz/Haag, Karl, Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft (1970), S. 28, 29, 30.

22 Vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, § 23, denen der Text in der Form der Darstellung weitgehend folgt; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Kap. V2; Herberger-Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, Abschnitt 4, 9; Alchourron, Juristische Schlüsse a fortiori und a pari, ARSP-Beitr. H.F., Bd. 4, 1965, S. 5 ff.

23 Grundlegend dazu Arthur Kaufmann, JZ 1954, 653, 56; 353, 393; ähnlich Hruschka, Strafrecht, S. 192; Samson, Strafrecht I, S. 115 ff.

an,²⁴ die sog. strenge Schuldtheorie den Umkehrschluss.²⁵ Wie sehen nun diese beiden Schlüsse vollständig dargestellt aus, welches sind die zwischen den beiden Theorien umstrittenen Prämissen, die diese beiden Schlüsse zusätzlich tragen? Der Analogieschluss könnte wie folgt dargestellt werden.

Prämissen:

1. Wer sich über einen Tatumstand irrt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, soll nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden (§ 16 StGB).
 2. Wer sich über einen Tatumstand irrt, der zu einem Rechtfertigungsgrund gehört, ist ebenso wenig wegen Vorsatzdelikts strafwürdig, wie derjenige, der über einen Tatumstand irrt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört.
 3. Wenn derjenige, der über einen zu einem Rechtfertigungsgrund gehörigen Tatumstand irrt, ebenso wenig strafwürdig ist, wie derjenige, der über einen zum Tatbestand gehörigen Tatumstand irrt, und der letztere nicht wegen eines Vorsatzdelikts bestraft werden soll, so soll auch der erstere nicht wegen eines Vorsatzdelikts bestraft werden.
- Folge: Wer über einen Tatumstand irrt, der zu einem Rechtfertigungsgrund gehört, soll nicht wegen Vorsatzes bestraft werden.

Zu beachten ist zunächst, dass Prämisse (3) nicht etwa eine logische Folgerung aus Prämisse (1) und (2) ist. Prämisse (2) stellt zwar eine Gleichheit zwischen dem gesetzlich geregelten und dem nicht geregelten Fall fest und behauptet weiter, dass diese Gleichheit für die Strafwürdigkeit beider Fälle maßgeblich ist, trotzdem folgt daraus noch nicht zwingend, dass sie auch gleich behandelt werden müssen. Besteht beispielsweise ein Analogieverbot, so ist die Prämisse (3) selbst dann falsch, wenn die Prämisse (2) richtig ist. Beispielsweise darf aus der Prämisse, dass ein bestimmtes Verhalten genauso strafwürdig ist, wie ein Verhalten, das durch einen bestimmten Straftatbestand erfasst wird, nicht gefolgert werden, dass dieses gleich strafwürdige Verhalten auch von dem Tatbestand erfasst werden soll. Der Analogieschluss vollzieht sich also in drei Schritten: Zunächst wird festgestellt, dass die nicht gesetzlich geregelten Sachverhalte den gesetzlich geregelten in bestimmten Eigenschaften gleich sind. Sodann wird behauptet, dass diese die Eigenschaf-

24 Vgl. SK-Rudolphi Rn. 12 zu § 16; Schönke/Schröder-Lenckner Rn. 18 und 121 Vor § 13; Schönke/Schröder-Cramer Rn. 14 zu § 16; Stratenwerth AT I Rn. 499, 504; ähnlich aus funktionaler Sicht aufgrund eines zweigliedrigen Vorsatzbegriffs Frisch, Vorsatz und Risiko. S. 254 ff.

25 Welzel ZStW 67 (1955), 208 ff.; ders., Lehrbuch, 11. Aufl. (1969) S. 164 ff.; LK-Schröder Rn. 52 zu § 16; Armin Kaufmann JZ 1955, 37; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 314 ff; ders. ZStW 94 (1982), S. 257 ff; Bockelmann AT, 3. Aufl., S. 129.

ten sind, auf die es für die Anordnung der Rechtsfolge nach dem Gesetz maßgeblich ankommt. Drittens wird behauptet, dass die Anwendung der Rechtsfolge auf die nicht geregelten Fälle wegen der Gleichheit dieser Eigenschaften geboten ist. Es dürfen der Anwendung der Rechtsfolge also keine sonstigen Hindernisse, beispielsweise ein Analogieverbot, entgegenstehen. Der Schluss aus diesen drei Prämissen, die Anwendung der Rechtsfolge auf die nicht geregelten Fälle, ist dann trivial.

Man kann den Analogieschluss auch wie folgt darstellen: Aus dem Gesetz, das den zu entscheidenden Fall nicht erfasst, wird ein neuer, allgemeiner Rechtssatz hergeleitet, der den zu entscheidenden Fall mitumfasst. In unserem Beispiel könnte das etwa wie folgt geschehen.

Prämissen:

1. § 16 bestimmt, dass die Strafbarkeit wegen Vorsatzes ausgeschlossen ist, wenn der Täter sich über Tatsachen irrt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.
2. § 16 ist eine Ausprägung des allgemeineren Satzes, dass die Strafbarkeit wegen Vorsatzes ausgeschlossen ist, wenn der Täter sich über Tatsachen irrt, die das tatbestandsmäßige Unrecht begründen.
3. Irrt der Täter sich über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so irrt er sich über Tatsachen, die das tatbestandsmäßige Unrecht begründen.

Folge: Irrt sich der Täter über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so ist eine Strafbarkeit wegen Vorsatzes ausgeschlossen.

Der Schluss von Prämisse (2) und (3) auf die Rechtsfolge ist ein ganz normaler Subsumtionsschluss. Die Ableitung der Prämisse (2) aus Prämisse (1) ist kein logischer Schluss und daher begründungsbedürftig und angreifbar. Es kann also darum gestritten werden, ob dem § 16 ein solches allgemeines Prinzip zugrunde liegt, und ob es Gründe gibt, die der Annahme eines solchen allgemeinen Prinzips entgegenstehen, beispielsweise die Ableitung eines gegenteiligen allgemeinen Prinzips aus einer anderen Rechtsvorschrift oder ein Analogieverbot für § 16 StGB.

Der Umkehrschluss kann an unserem Beispiel logisch korrekt wie folgt dargestellt werden.

Prämissen:

1. Immer wenn der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, entfällt die Strafbarkeitsvoraussetzung des Vorsatzes²⁶ (§ 16 StGB).
 2. Nur wenn der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, entfällt die Strafbarkeitsvoraussetzung des Vorsatzes.
- Folge: Kennt der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, so ist die Strafbarkeitsvoraussetzung des Vorsatzes gegeben.

Aus diesem letzteren Satz folgt schließlich: Kennt der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören und irrt er sich über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, so ist die Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Vorsatzes gegeben.

Nach dem oben zum Analogieschluss Ausgeführten sollte schon klar sein, dass Prämisse (2) nicht aus Prämisse (1) folgt. Daraus, dass etwas hinreichende Bedingung für eine Rechtsfolge ist, folgt noch lange nicht, dass es auch notwendige Bedingung dafür ist. Beim Umkehrschluss wird wie beim Analogieschluss mehr aus dem Gesetz hergeleitet, als es seinem Wortlaut nach hergibt. Nur findet hier keine Verallgemeinerung des Rechtssatzes auf weitere von ihm nicht umfasste Fälle statt, sondern im Gegenteil eine Verschärfung des Rechtssatzes. Aus der vom Gesetz vorgeschriebenen hinreichenden Bedingung wird eine hinreichende und notwendige. Diese Verschärfung bedarf der Begründung, beispielsweise durch teleologische Überlegungen in Anknüpfung an das Gesetz oder auch durch ein Analogieverbot. Ein Analogieverbot besagt nämlich nichts anderes, als dass die nach dem Gesetz für die Rechtsfolge hinreichenden Bedingungen auch notwendige sind.

Nach dem wir den Analogieschluss der eingeschränkten Schuldtheorie und den Umkehrschluss der strengen Schuldtheorie vollständig dargestellt haben, wissen wir nun, welche Prämissen dieser Theorien angreifbar sind, um welche sie sich also streiten. Jetzt können und müssen wir andere, etwa systematische oder teleologische Argumente heranziehen, um diesen Prämissenstreit zu entscheiden. Die eingeschränkte Schuldtheorie muss ihre Prämisse begründen, dass der Irrtum über rechtfertigende Tatsachen dem Irrtum über Tatsachen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, in den den Vorsatzvorwurf begründenden Eigenschaften gleich ist. Gemeinsam ist diesen beiden Irrtümern, dass sie Tatsachen betreffen. Die eingeschränkte Schuldtheorie wird sich also bemühen darzutun, warum alle Tatsachenirrtümer über

²⁶ Die Formulierung der Rechtsfolge konnte deshalb nicht anders gewählt werden, weil es sich immer nur um eine Voraussetzung der Strafbarkeit wegen des Vorsatzdelikts unter anderen handelt.

unrechtsbegründende Tatsachen gleich zu bewerten und zu behandeln sind. Die strenge Schuldtheorie muss demgegenüber ihre Prämissen begründen, dass sie verschieden zu bewerten und zu behandeln sind, je nach dem, ob sie den Tatbestand betreffen oder einen Rechtfertigungsgrund. Das versucht sie mit dem Argument, dass der Täter, der die Tatsachen kennt, die zum Tatbestand gehören, weiß, dass er ein geschütztes Rechtsgut verletzt und dadurch gewarnt ist, auch wenn er über rechtfertigende Tatsachen irrt.

Auch für die dritte Schlussform, das *argumentum a fortiori*, auch Erst-Recht-Schluss genannt, sind außer dem Sachverhalt und der Rechtsregel, unter die der Sachverhalt nicht fällt, weitere Prämissen notwendig. Es wird zwischen dem problematischen Sachverhalt und demjenigen, der unter die Rechtsregel fällt, ein Vergleich angestellt im Hinblick auf diejenigen Eigenschaften, die nach der *ratio legis* der Regel die Rechtsfolge für den geregelten Sachverhalt begründen sollen. Es handelt sich dabei um eine steigerungsfähige Eigenschaft. Ist diese Eigenschaft dann beim nicht geregelten Sachverhalt in höherem Maße gegeben als beim geregelten, so begründet sie den Schluss, dass dieser Sachverhalt erst recht der Rechtsfolge unterworfen werden soll, die für den geregelten nach der Regel gilt.²⁷ Mit solch einem Erst-Recht-Argument wird beispielsweise aus der Straflosigkeit der Selbstmordbeihilfe abgeleitet, dass auch die Unterlassung der Verhinderung eines Selbstmordes durch einen Garanten straflos sein müsse. Das kann etwa wie folgt aussehen.

Prämissen:

1. Wer einem anderen durch positives Tun bei einem Selbstmord hilft, ist straflos.
2. Das Unterlassen einer Erfolgsabwendung durch einen Garanten ist ein weniger schwerwiegender Beitrag zur Erfolgsverursachung als das positive Tun.
3. Ist ein Beitrag zu einem Erfolg weniger schwerwiegend, als ein anderer strafloser Beitrag, so ist er ebenfalls straflos.

Folge: Die Unterlassung der Verhinderung eines Selbstmordes durch einen Garanten ist straflos.

Angreifbar sind die Prämissen (2) und (3) dieses Schlusses. Die Prämisse (3) ist nicht etwa selbst schon ein logisch zwingender Schluss. Man kann sehr wohl bestreiten, dass aus der Straflosigkeit eines bestimmten Beitrags zur Verursachung eines Erfolges sich die Straflosigkeit jedes anderen in irgendeinem näher zu bestimmenden Sinne geringeren Beitrags zu diesem Erfolg ergibt. Die Gründe, aus denen gerade dieser Beitrag straflos ist, können nämlich andere sein, als dass er zu gering ist. Als ein solcher Grund kann beispielsweise angeführt werden, dass in der Situation der Selbstmordbeihilfe

²⁷ *Otte*, *Komparative Sätze im Recht*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2 (1972), 301, insbesondere S. 313 f.

der Quasi-Täter mit dem Rechtsgutsträger identisch ist und noch die volle Entscheidungsfreiheit über Bewahrung und Verletzung seines Rechtsguts hat. Der Grund für die Straflosigkeit seines Gehilfen sei also nicht die Geringfügigkeit von dessen Beitrag, sondern die fehlende Schutzbedürftigkeit des Rechts-gutsträgers in diesem Zeitpunkt. Dagegen könnte man replizieren, dass sich aus der äußeren Beherrschung des Geschehens durch den Selbstmörder nicht das Fehlen seiner Schutzwürdigkeit ergeben kann, usw.

Auch die Prämisse (2) dieses Schlusses ist angreifbar. Der Vergleich zwischen geregelter und nicht geregelter Sachverhalt im Hinblick auf die steigerungsfähige Eigenschaft ist in der Regel der schwächste Punkt des Erst-Recht-Schlusses und muss besonders sorgfältig unter die Lupe genommen werden. Zunächst einmal sind die steigerungsfähigen Begriffe, nach denen die Sachverhalte verglichen und geordnet werden, ihrem Inhalt nach meist nicht sehr klar. Was heißt denn mehr oder weniger strafwürdig, mehr oder weniger eingreifend, mehr oder weniger schwerwiegend oder mehr oder weniger gefährlich? Vor allen Dingen aber sind die beiden Sachverhalte genau zu vergleichen, um festzustellen, ob die behauptete Steigerung dieser Eigenschaft wirklich zutrifft. In unserem Fall sind zu vergleichen die Unterlassung eines Garanten und die Beihilfe eines Nichtgaranten durch positives Tun. Denn nur deren Straflosigkeit ist weitgehend anerkannt, während die Straflosigkeit des positiv mithelfenden Garanten noch von dem Ergebnis unserer Überlegungen zum Garantenunterlassen abhängen dürfte. Nun kann man sehr wohl bezweifeln, dass die Beihilfe eines Nichtgaranten durch positives Tun unbedingt ein weniger schwerwiegender Beitrag zum Erfolg ist, als die Unterlassung eines Garanten, der im Gegensatz zu dem Gehilfen das Rechtsgut durch positives Tun zu schützen hat.

Wir haben gesehen, dass keine dieser logischen Schlussformen allein mit dem Sachverhalt und dem Gesetz als Prämissen auskommt und dass die in ihnen angewandten logischen Schritte sehr klein und sehr trivial sind. Ihre scheinbare logische Überzeugungskraft beruht darauf, dass sie meistens nur rudimentär dargestellt werden. Auch in dieser lückenhaften und daher logisch falschen Darstellung erwecken sie den Anschein, logisch zwingend zu sein, so dass man nicht gegen sie argumentieren kann, wenn einem ihre Ergebnisse nicht gefallen, sondern sie dann am besten gleich beiseite lässt und zu anderen, teleologischen oder wertenden oder systematischen Argumenten übergeht. Stellt man diese Schlussformen aber logisch korrekt dar, so zeigt sich, welche weiteren Argumente für sie noch erforderlich sind und dass diese weiteren Argumente selbst schon ein gerüttelt Maß an Teleologie, Wertung oder Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien enthalten. Diese zusätzlichen Prämissen sind es, die man begründen oder bekämpfen muss, wenn man sich mit einer solchen juristischen Schlussform auseinandersetzt.

Enge oder weite Auslegung eines Gesetzesbegriffes

Die juristischen Schlussformen werden in der juristischen Methodenlehre meistens als Verfahren zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke dargestellt, also auf den Fall angewandt, dass die Unanwendbarkeit eines bestimmten Gesetzes seinem Wortlaut nach für den vorliegenden Sachverhalt feststeht. Die gleichen logischen Schlussformen sind aber anwendbar, wenn es um die Frage geht, ob ein gesetzlicher Begriff, dessen Grenzen ja meistens nicht scharf sind, so weit auszulegen ist, dass der Sachverhalt noch unter ihn fällt, oder so eng, dass er ausgeschlossen ist. Um eine unumstrittene Rechtsregel zu erhalten, von der wir ausgehen können, bilden wir zunächst einen Unterbegriff des problematischen Gesetzesbegriffes, der die unumstrittenen Fälle umfasst,²⁸ man spricht in der Methodenlehre vom Begriffskern im Gegensatz zum Begriffshof. Dann können wir auf den umstrittenen weiteren Begriff alle drei juristischen Argumentationsformen anwenden. Wir können eine Art Analogieschluss ziehen, indem wir dartun, dass die für die Rechtsfolge wesentlichen Merkmale des Begriffskerns auch vom weiteren Begriff erfüllt werden, sich also die weitere Begriffsauslegung empfiehlt. Wir können ein *argumentum e contrario* damit begründen, dass der weitere Begriff wesentliche Merkmale des Begriffskerns gerade nicht aufweist, die die Rechtsfolge rechtfertigen, weshalb sich dann eine enge Auslegung des Begriffs empfiehlt. Schließlich können wir auch darzutun versuchen, dass der weitere Begriff die für die Rechtsfolge maßgeblichen Merkmale des engeren sogar in noch höherem Maße aufweist als dieser, was wiederum für eine weite Auslegung spricht (*argumentum a fortiori*).

Machen wir uns diese Argumentationsweisen am Beispiel des Urkundenbegriffs in § 267 StGB klar. Einigkeit besteht darüber, dass eine schriftliche Erklärung, deren Inhalt vom Aussteller für den Rechtsverkehr bestimmt ist, eine Urkunde im Sinne dieser Vorschrift ist. Zweifelhaft ist einerseits, ob auch eine in anderen dauerhaften Zeichen niedergelegte Erklärung, ein so genanntes Beweiszeichen, eine Urkunde ist, und andererseits, ob auch eine solche schriftliche Äußerung, die nicht vom Aussteller sondern von einem Dritten zum Beweise im Rechtsverkehr bestimmt worden ist, eine Urkunde ist. Versuchen wir zunächst die erste dieser beiden Streitfragen mit Hilfe des Analogieschlusses und des Umkehrschlusses ausgehend von der unstreitigen Prämisse zu entscheiden. Der Analogieschluss könnte wie folgt aussehen.

28 Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Unterbegriff die unstreitigen Fälle vollständig umfasst. Das wäre auch oft nicht möglich, ohne gleichzeitig streitige mit zu erfassen. Der Sache nach ist dies die von *Haft* als »Normalfallmethode« propagierte Argumentationsweise, *Juristische Rhetorik* (1985), S. 88 ff. Es handelt sich aber weder hier noch bei *Haft* um Fälle, sondern um Begriffe. Und dies ist auch nicht die universale Methode der Auslegung und Entscheidung problematischer Fälle. Sie eignet sich vielmehr nur zur Lösung bestimmter Auslegungsfragen.

Prämissen:

1. Ein Schriftstück, in dem eine vom Aussteller für den Rechtsverkehr bestimmte Erklärung verkörpert ist, ist eine Urkunde im Sinne des Tatbestandes der Urkundenfälschung (unstreitige Prämisse).
2. Ein Beweiszeichen, in dem eine Erklärung für den Rechtsverkehr dauerhaft verkörpert ist, ist ebenso geeignet diese Erklärung zu beweisen, wie ein Schriftstück.
3. Wenn ein Beweiszeichen ebenso geeignet ist, eine Erklärung im Rechtsverkehr zu beweisen, wie ein Schriftstück, so ist es ebenso als Urkunde zu schützen.

Folge: Ein Beweiszeichen ist als Urkunde zu schützen.

Die Prämisse (3) kann damit begründet werden, dass es der Zweck des Tatbestandes der Urkundenfälschung ist, den Beweis von Erklärungen im Rechtsverkehr durch dauerhafte Zeichen zu gewährleisten.²⁹

Das argumentum e contrario könnte wie folgt aussehen:

Prämissen:

1. Ein Schriftstück, durch das eine Erklärung des Ausstellers für den Rechtsverkehr dauerhaft verkörpert ist, ist als Urkunde nach § 267 geschützt (unstreitige Prämisse). Nur ein Schriftstück..., ist als Urkunde nach § 267 geschützt. Ein Beweiszeichen ist kein Schriftstück.

Folge: Ein Beweiszeichen ist nicht nach § 267 als Urkunde geschützt.

Entscheidend und der Begründung bedürftig ist hier vor allen Dingen die Prämisse (2). Sie könnte etwa damit begründet werden, dass eine Urkunde nur sein könne, was im Wege des Urkundenbeweises in einen Prozess eingeführt werden kann, und das kann nur ein Schriftstück sein, da nur ein Schriftstück verlesen werden könne.³⁰ Der Streit geht also darum, ob für den Urkundenbegriff die Beweiseignung das Entscheidende ist oder die Verlesbarkeit.

Das Verfahren lässt sich dadurch abkürzen, dass man gleich danach fragt, ob der weite Begriff mit dem unstreitigen engen diejenigen Eigenschaften gemeinsam hat, an die das Gesetz anknüpft, oder nicht. Führen wir das kurz am Streit um die Zufallsurkunde vor. Wir gehen wieder von der unstreitigen Prämisse aus, dass eine Erklärungsverkörperung, die vom Aussteller für den Rechtsverkehr bestimmt ist (Absichtsurkunde), eine Urkunde ist. Mit dieser hat eine Zufallsurkunde gemeinsam, dass sie eine menschliche Äußerung in dauerhaften Zeichen darstellt, und deshalb geeignet ist, diese Äußerung zu beweisen (sog. Beweisfunktion). Sie unterscheidet sich von der Absichtsur-

²⁹ Vgl. z. B. Schönke/Schröder-Cramer Rn. 22, 25 zu § 267; ausführlich zum Ganzen LK-Tröndle Rn. 69 ff. zu § 267.

³⁰ Vgl. Maurach-Schroeder BT 2 (6. Aufl.), S. 99.

kunde dadurch, dass der sich Äußernde mit der Äußerung keine Beziehung zum Rechtsverkehr aufnimmt, also keine rechtliche Bindung eingeht (fehlende Garantiefunktion). Der Streit zwischen der engen und der weiteren Auslegung des Urkundenbegriffs in § 267 geht also darum, ob der Fälschungsschutz des § 267 jeglichem Beweis einer menschlichen Äußerung dient, oder nur dem Beweis einer durch den Aussteller mit der Erklärung übernommenen rechtlichen Bindung irgendwelcher Art.

Mit dem *argumentum a simile* (Analogieschluss) oder dem *argumentum a fortiori* (Erst-Recht-Schluss) kann eine Begriffserweiterung nur soweit begründet werden, als sie mit dem allgemeinen Sprachverständnis noch vereinbar ist (Wortlautschränke).

Wir können z. B. per *argumentum a fortiori* dartun, dass das Werfen eines Kleinkindes auf einen Steinfußboden eine Verletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 223a sei.

Prämissen:

1. Ein Stich mit einem Messer in den Oberarm ist eine Verletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs (unstreitige Prämisse).
2. Werfen eines Kindes auf einen Steinfußboden ist gefährlicher als ein Stich mit dem Messer in den Oberarm.
3. Wenn ein Stich in den Oberarm eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs ist und das Werfen eines Kleinkindes auf den Boden gefährlicher ist, so ist auch das Werfen eines Kleinkindes auf den Boden eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges.

Folge: Das Werfen eines Kleinkindes auf einen Steinfußboden ist eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges.

Hier ist die Prämisse (3) anfechtbar mit dem Argument, dass ein Steinfußboden, auch wenn er als Mittel einer Körperverletzung benutzt wird, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht mehr als Werkzeug bezeichnet werden kann. Weiter begründbar ist dieses Argument nicht. Um dieses Argument zu belegen, müsste man empirisch untersuchen, was die Benutzer der deutschen Sprache oder ihre Mehrheit unter einem Werkzeug verstehen, ob sie insbesondere auch unbewegliche körperliche Gegenstände darunter fassen. Da Sie weder in der Hausarbeit, noch in der Klausur einen solchen Beweis antreten können, übernehmen Sie einfach selbst die Rolle des kompetenten Benutzers der deutschen Sprache und sagen, dass Sie unter dem Begriff Werkzeug auch einen feststehenden Gegenstand verstehen oder nicht. Mehr können Sie zur Begründung eines Arguments mit dem Sprachgebrauch nicht tun.

Kleiner Trockenkurs im Argumentieren

Die eben besprochenen sog. juristischen Schlussformen, man sollte vielleicht besser von juristischen Argumentationsschemata sprechen, sind in der Methodenlehre der Rechtswissenschaft deshalb so beliebt, weil sie sich eben schematisieren lassen. Gemeint ist damit, dass unabhängig vom Inhalt der Argumentationen ein gewisses logisches Grundschema darstellbar ist, wenn man will sogar in sog. logischen Formeln. Anhand dieser logischen Schemata haben wir gesehen, welche Prämissen für die jeweilige Schlussform aufzustellen und zu begründen sind und damit auch, wie und wo so eine Argumentation anzugreifen ist. Damit sind wir längst mitten in unserem »Trockenkurs im Argumentieren«. Dies ist denn auch der Dienst, den die Logik der Jurisprudenz leisten kann, man sollte also von ihr nicht erwarten, dass sie hier wie etwa in der Mathematik zu verblüffenden neuen Erkenntnissen führt. Sobald man aber die formale Logik, die, wie wir gesehen haben, selbst bei den sog. juristischen Schlussformen, nur einen kleinen Teil der Argumentation ausmacht, verlässt, wird es schwierig, allgemeine Gütekriterien für Argumentationen anzugeben. Dennoch ist das in gewissen Grenzen möglich, weil viele Rechtsprobleme eine gewisse äußerliche Gleichförmigkeit aufweisen. Es handelt sich meist darum, einen bestimmten gesetzlichen Begriff näher zu umschreiben. Was in der Jurisprudenz etwas hochtrabend und großspurig eine Theorie genannt wird, ist meist nichts anderes, als ein solcher Umschreibungsvorschlag. Denken Sie an die verschiedenen »Vermögens-theorien«, an die »Vorsatztheorien«, an die »Gewahrsamtheorien« usw. Welche allgemeinen Kriterien kann man für die Güte einer solchen Begriffs-umschreibung angeben?

Das erste Kriterium ist ebenso leicht anzugeben wie schwer zu erfüllen. Die Umschreibung soll den Begriff möglichst scharf abgrenzen, so dass möglichst wenige Fälle übrig bleiben, von denen nicht eindeutig entschieden werden kann, ob sie unter die Begriffsumschreibung fallen oder nicht. Deshalb ist auch eins der beliebtesten und einfachsten Argumente gegen eine sog. Theorie, sie führe zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Das Argument ist schwach, weil es nur in den seltensten Fällen überhaupt möglich ist, einen Rechtsbegriff im oben beschriebenen Sinne scharf abzugrenzen. Es ist also meistens einfach, sich solche Fälle auszudenken, auf die die vorgeschlagenen Begriffsmerkmale nicht eindeutig anwendbar oder unanwendbar sind. Unlösbar sind die Abgrenzungsschwierigkeiten dann, wenn die Gegenmeinung sie hat. Wenn man dieses Argument einsetzt, so sollte man darauf achten, dass es auf die eigene Meinung nicht ebenso gut zutrifft.

Ähnliches gilt für ein zweites Gütekriterium: Die vorgeschlagenen Begriffsmerkmale sollen möglichst leicht beweisbar sein. Auch der Einwand gegen eine Theorie, sie führe zu unlösbaren Beweisschwierigkeiten, ist oft leicht zu erheben und zu begründen. Es genügt, sich für den Täter schwer

widerlegbare Schutzbehauptungen auszudenken, die das Begriffsmerkmal ausschließen würden. Insbesondere bei subjektiven Merkmalen bietet sich dieses Verfahren an. Es ist aber gerade im Strafrecht allenfalls als Zusatzargument legitim. Der Grundsatz keine Strafe ohne Unrecht und ohne Schuld verbietet es nämlich, ein Unrechts- oder Schuldmerkmal, das als solches legitimiert ist, durch ein anderes zu ersetzen oder zu modifizieren, nur weil dieses leichter zu beweisen ist. Allenfalls wenn mehrere Begriffsumschreibungen konkurrieren, die materiell, also unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten gleichermaßen legitimiert sind, mag das Argument der leichteren Beweisbarkeit ihrer Kriterien für eine Theorie ins Feld geführt werden.

Von der Trennschärfe und der Beweisbarkeit eines Kriteriums wohl zu unterscheiden ist die Frage, ob das Kriterium selbst einen klaren Sinn hat. Wir können uns hier nicht auf das sprachphilosophische Problem einlassen, was der Sinn eines Begriffes ist und ob es so etwas überhaupt gibt. Hier mag folgende Erklärung genügen:

Ein Kriterium hat dann einen Sinn, wenn es einen Bereich von Fällen gibt, für die eindeutig ist, dass das Kriterium auf sie zutrifft und warum es für sie zutrifft. Man sollte glauben, dass alle in der Jurisprudenz zur Bestimmung eines Rechtsbegriffes vorgeschlagenen Ausdrücke in diesem bescheidenen Maße sinnvoll sind. Aber beispielsweise für den Ausdruck »die Tat als eigene wollen« oder für den Ausdruck »den Erfolg für den Fall seines Eintritts billigend in Kauf nehmen«, so wie die Rechtsprechung ihn verwendet, scheint mir das sehr zweifelhaft zu sein. Ich traue mir nämlich für keinen Fall zu, in dem allein *dolus eventualis* und nicht etwa Absicht oder *dolus directus* zweiten Grades in Betracht kommt, mit einiger Sicherheit vorauszusagen, dass die Rechtsprechung hier den *dolus eventualis*, also das billigende Inkaufnehmen bejahen würde, und welche Tatsachen des Sachverhalts sie zur Begründung dafür heranziehen würde. Das solche Leerformeln gerade von der Praxis bevorzugt werden, auch wenn es Vorschläge gibt, das betreffende Unterscheidungskriterium im oben beschriebenen Verständnis sinnvoll zu bestimmen, liegt an der besonderen Freiheit, die solche Leerformeln gewähren. Sie geben nämlich die Möglichkeit, das Kriterium aus Gründen zu bejahen oder zu verneinen, die mit dem Begriff nichts zu tun haben, den das Kriterium umschreiben sollte. Charakteristisch für die Anwendung solcher Leerformeln in Entscheidungen ist eine Divergenz zwischen den geschriebenen und den wahren Gründen der Entscheidung. Wie sich dies zum Gebot der Rechtsklarheit, der Rechtssicherheit und dem Verbot richterlicher Willkür verhält, darüber mögen Sie sich Ihre eigenen Gedanken machen.

Bis jetzt haben wir uns bei der Suche nach Gütekriterien für eine juristische Theorie auf das jeweilige Ergebnis beschränkt, also auf die Begriffsbestimmung, die die Theorie für einen gesetzlichen Begriff vorschlägt. Beziehen wir nun die Begründung ein, die eine Theorie für ihren Interpretationsvorschlag gibt, so ergeben sich weitere Gütekriterien und damit weitere

Kritikmöglichkeiten. Der schwerste Vorwurf, der gegen eine Theorie erhoben werden kann, ist der, widersprüchlich zu sein. Wenn die verschiedenen Argumente, mit denen die Theorie die Richtigkeit ihres Interpretationsvorschlags begründet, miteinander unvereinbar sind, so ist dieser Fehler relativ leicht zu beseitigen, indem man auf eines der sich widersprechenden Argumente verzichtet. Schlimmer ist es, wenn die angeführten Argumente dem Interpretationsvorschlag selbst widersprechen, den sie begründen sollen. Diese Kritik ist schlagend, sie hat nur einen Mangel: Der gerügte Widerspruch ist meistens zu beseitigen ohne den Inhalt der Theorie wesentlich zu ändern. Ehe der Kritiker die Theorien wegen ihrer Widersprüchlichkeit verwirft, muss er dies versuchen eben. Ein Anwalt ist sicher nicht gehalten, die Denkfehler im Schriftsatz seines Gegners erst zu korrigieren, ehe er sich mit ihm auseinandersetzt. Er kann vielmehr die Argumentation wegen der Denkfehler einfach verwerfen und dem Gegner ihre Korrektur überlassen. Anders der Wissenschaftler. Der ist verpflichtet, die Gegenposition zunächst einmal in eine möglichst überzeugende Form zu bringen, so als sei er selbst ihr Anhänger, ehe er sie zu Fall bringt. Verfäht er anders, so stellt er Pappkameraden auf und schießt sie dann ab. Das ist keine Kunst und auch keine Wissenschaft. Es kann allerdings sein, dass die Korrektur eines Fehlers einer Theorie einen anderen umso deutlicher zum Vorschein bringt, der in der ersten fehlerhaften Fassung verdeckt war. Machen wir uns das am Beispiel der subjektiven Täterlehre klar.

Wir stellen sie zunächst in einer Fassung dar, die ein solcher »Pappkamerad« ist, aber durchaus vertreten wird. Die subjektive Täterlehre macht folgenden Vorschlag, den Begriff des Täters zu bestimmen: Täter ist, wer die Tat als eigene will. Hierzu wird folgende Prämisse angeführt: Es ist nicht möglich, Gehilfenbeitrag und Täterbeitrag nach objektiven Kriterien zu unterscheiden, weil alle für einen Erfolg kausalen Beiträge gleichwertig sind (Äquivalenztheorie der Kausalität).³¹ Dass diese Behauptung unvereinbar ist mit der Bestimmung des Begriffs Täter, zu deren Begründung sie angeführt wird, zeigt sich, wenn man sich die Bedeutung des Wortes »wollen« klar macht. Inhalt eines Wollens kann nur sein, was Wirklichkeit werden kann. Man kann also eine Tat nur dann entweder als eigene oder fremde wollen, wenn es einen unabhängig von diesem Willen bestimmbar Unterschied zwischen eigener und fremder Tat überhaupt gibt. Das aber hat die subjektive Täterlehre in der vorliegenden Fassung gerade geleugnet. Die Fassung ist also in sich widersprüchlich. Man kann den Widerspruch aber leicht korrigieren, indem man entweder das Wort wollen durch ein anderes ersetzt, oder den Willensinhalt anders bestimmt. Dabei kann es allerdings geschehen, dass andere Schwächen dieser Theorie deutlicher hervortreten, die in ihrer widersprüchlichen Fassung verdeckt waren.

31 Vgl. *Baumann/Weber* StR Allg. Teil (9. Aufl.), S. 531.

Man kann zum Beispiel das Wort Willen durch das Wort Gesinnung ersetzen. Dann bleibt nach wie vor unklar, was der Inhalt der Tätergesinnung oder der Teilnehmergeinnung ist. Außerdem tritt dann ein inhaltlicher Einwand gegen diese Theorie offen zutage, der bisher versteckt war. Nach der Ausgangsthese muss der Inhalt der Tatgesinnung, wie, immer bestimmt, von der Verwirklichung der Tat unabhängig sein. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Unterscheidung zwischen Täter und Gehilfen nach tatunabhängigen Gesinnungsmerkmalen in einem Tatstrafrecht legitim ist.

Die zweite Möglichkeit den Widerspruch zu beseitigen besteht darin, den Willensinhalt so zu fassen, dass er einen möglichen Sachverhalt beschreibt. Hierfür werden zwei Vorschläge gemacht. Erstens, der Gehilfe will, dass die Tat unmittelbar einem anderen zugute kommt (Handeln im Fremdinteresse).³² Hiergegen spricht, dass es Tatbestände gibt, die ausdrücklich auch Handeln im Fremdinteresse als tatbestandsmäßig bezeichnen. Zweitens, der Gehilfe will sich bei der Ausführung der Tat den Weisungen eines anderen unterordnen, d. h. den Tatbestand nur unter der Voraussetzung verwirklichen, dass der andere seine Verwirklichung will (Unterordnungskriterium).³³ Dagegen erhebt sich der Einwand, dass die Rechtsordnung es dem einzelnen nicht gestatten kann, seine Verantwortung für sein eigenes Handeln dadurch zum größten Teil auf einen anderen abzuwälzen, dass er sich dessen Befehlen oder Ratschlägen oder sonst wie ausgedrücktem Willen unterwirft. Hier haben wir den eigentlichen Kern der subjektiven Täterlehre bloßgelegt und damit auch die Streitfrage, um die es zwischen subjektiver und objektiver Täterlehre letztlich geht: Soll der Tatbeteiligte die Kompetenz haben, unabhängig von der äußeren Gestalt seiner Beteiligung durch tatbegleitende innere Prozesse selbst darüber zu entscheiden, ob er für die Tatbestandsverwirklichung als Täter hauptverantwortlich ist oder als Gehilfe nur eine Nebenverantwortung zu tragen hat?

Wo der Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig ist, aber auch bei der Fortbildung des Rechts, gilt heute als die fortschrittlichste und rationalste Methode der Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung, die sog. teleologische. Wenn wir uns klarmachen, aus was für Denkschritten diese Methode besteht und welcher Art die Sätze sind, aus denen sie ihre Ergebnisse gewinnt, so können wir eine teleologische Argumentation korrekt aufstellen, aber auch kritisieren. Zunächst wird ein Zweck postuliert, der durch die Auslegung oder Fortbildung des Gesetzes erreicht werden soll. Im einfachsten Fall ergibt sich

32 RGSt 7, 1, 21; BGHSt 16, 14; VRS 23, 309; MDR 1973, 729; ausführlich dazu: LK-Roxin Rn. 4, 12, 13, 16, 20 zu § 25.

33 So schon der einflussreichste Vertreter der Dolustheorie im 19. Jahrhundert v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen (1885), S. 41; ganz ähnlich noch Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76, NJW 1951, 323; MDR 1953, 40/01; RGSt 3, 181 ff.

dieser Zweck aus einer Äußerung des historischen Gesetzgebers, sog. subjektiv teleologische Auslegung, da in der Regel solche Äußerungen aber nicht zur Verfügung stehen, greift man zur sog. objektiv teleologischen Auslegung. Es ist der Ausleger selber, der hier dem Gesetz einen bestimmten Zweck substituiert. Im Strafrecht geschieht das immer dann, wenn man sich zur Entscheidung einer Streitfrage auf das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut beruft. Ein Zweck kann aber auch aus allgemein anerkannten Rechtsprinzipien abgeleitet werden. Sodann ist darzutun, dass eine bestimmte Auslegung eines Gesetzesbegriffs geeignet ist, diesen Zweck zu erreichen. Dass ein bestimmtes Mittel geeignet ist, einen bestimmten Zweck zu erreichen, ist eine Tatsachenbehauptung, die wiederum mit Tatsachen, insbesondere Erfahrungssätzen, zu belegen ist. Schließlich kann sich die teleologische Betrachtung nicht auf den einen Zweck beschränken, den man zunächst in den Blick genommen hat. Es muss vielmehr überprüft werden, ob die Erreichung dieses Zweckes mit dem vorgeschlagenen Mittel nicht anderen Zwecken oder allgemeinen Rechtsprinzipien zuwiderläuft.³⁴

Jeder dieser drei Schritte kann kritisiert werden. Man kann zum Beispiel gegen das Postulat eines bestimmten Rechtsguts als Zweck des einzelnen Tatbestandes einwenden, das Rechtsgut des Tatbestandes sei anders zu bestimmen als geschehen. Auch die Ableitung eines bestimmten Zweckes aus einem allgemeinen Rechtsprinzip ist nicht logisch zwingend. Gegen den Auslegungsvorschlag zur Erreichung dieses Zweckes kann man einwenden, dass er in Wirklichkeit nicht dazu geeignet sei. Das kann daran liegen, dass der Vorschlagende bei der Begründung der Eignung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, aber auch daran, dass er andere Fallkonstellationen nicht berücksichtigt hat, in denen sich sein Vorschlag als ungeeignet zur Erreichung seines Zweckes erweist. Schließlich kann die Kritik auch dahin gehen, dass bestimmte unerwünschte Nebenwirkungen dieser Auslegung nicht oder nicht ausreichend bedacht worden seien. Machen wir uns dies klar am Beispiel einer teleologisch begründeten Auslegung des Merkmals Irrtum im Betrugstatbestand, die *Amelung* vorgeschlagen hat.³⁵ Wir werden diese teleologische Auslegung des Irrtumsbegriffs zunächst in den eben beschriebenen drei Schritten thesenartig darstellen und uns dabei, soweit es diese Darstellungsform zulässt, der Ausdrucksweise *Amelungs* bedienen.³⁶ Dann werden wir die einzelnen Ansatzpunkte für mögliche Kritik aufzeigen.

34 Vgl. dazu auch *Koch-Rießmann* (Fn 22), S. 215 ff.

35 Vgl. *Amelung* GA 1977, 1.

36 Vgl. *Amelung* (Fn 35), 6 f.

- These 1: »Aufgabe des Merkmals Irrtum im Betrugstatbestand ist es dem Prinzip der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes zur Geltung zu verhelfen« (Zwecksetzung).
- These 2: Wer an der Wahrheit der Angaben des Täters zweifelt, »ist nicht Werkzeug des Täters, sondern kann sich einer Schädigung entziehen, indem er die zweifelhaften Behauptungen überprüft, notfalls kann er auch eine Sicherheit fordern oder gar den geschäftlichen Kontakt ganz abbrechen« (Tatsachenbehauptung).
- These 3: Der Ausschluss des Zweifels aus dem Irrtumsbegriff ist ein geeignetes Mittel, im Rahmen des Betrugstatbestandes dem Prinzip der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes zur Geltung zu verhelfen (Mittel-Zweck-Verknüpfung, vorläufiger Auslegungsvorschlag).
- These 4: Es ist unwirtschaftlich und für die Privatsphäre des Geschäftspartners gefährlich, auch dem allgemeinen Zweifel an der Glaubwürdigkeit Fremder durch Erkundigungen nachzugehen; es wäre für den Wirtschaftsverkehr nachteilig, wenn auf Grund solcher unbestimmter Zweifel höhere Sicherheiten gefordert würden oder Geschäfte mit Unbekannten ganz unterblieben (Berücksichtigung weiterer Folgen).
- These 5: »Nur jener Zweifel, der auf einem konkreten Anhaltspunkt beruht, ist aus dem Irrtumsbegriff auszuschneiden« (endgültiger Auslegungsvorschlag).

Die These (1) ist angreifbar, obwohl das »Prinzip der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes« sich allgemeiner Anerkennung erfreut. Diese allgemeine Anerkennung verdanken unsere Rechtsprinzipien zum guten Teil ihrer Vagheit, Mehrdeutigkeit und Unbestimmtheit. Die Beliebtheit solcher Schlagworte als »Argumente« beruht darauf, dass sie nichts aussagen. Einzelne Worte sagen nichts aus, sondern nur Sätze. Sobald man aber beginnt, aus solchen Schlagworten aussagekräftige Sätze herzuleiten, beginnt auch der Streit. *Amelung* leitet aus dem Prinzip der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes den Satz ab: wer sich selbst schützen kann, ist nicht schutzbedürftig im Sinne des Strafrechts. Diesen Satz kann man bestreiten mit der Frage, ob es nicht umgekehrt Sache des Strafrechts ist, festzulegen, inwieweit es den Schutz des Bürgers übernimmt und inwieweit er sich so gut er kann selbst schützen muss. Auch kann man natürlich bestreiten, dass es gerade die Funktion des Merkmals Irrtum in § 263 ist, das so verstandene Subsidiaritätsprinzip zur Geltung zu bringen. Dass er sich insoweit nicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers stützen kann, gibt *Amelung* selber zu.³⁷

These (2) ist eine Tatsachenbehauptung, also mit Tatsachenbehauptungen zu bestreiten. These (2) stellt ja nicht nur die unbestreitbare Behauptung auf,

³⁷ *Amelung* (Fn 35), 6.

dass der Getäuschte immer die Möglichkeit hat, das Geschäft nicht abzuschließen, sondern die weitere, dass diese Möglichkeit für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist, falls er seine Zweifel nicht durch Nachforschungen aufklären kann. Man kann mit guten Gründen bezweifeln, dass ein Kaufmann oder Bankier sich in der wirtschaftlichen Konkurrenz behaupten würde, wenn er jeden konkreten Zweifel an der Ehrlichkeit seines Partners durch Erkundigungen aufklären oder im Falle der Nichtaufklärbarkeit auf das Geschäft verzichten würde.

These (3) ist teilweise eine Schlussfolgerung aus These (1) und (2), steht und fällt also mit ihnen. Aus These (2) ist zwar ableitbar, dass der Auslegungsvorschlag von These (3) in gewissen Fällen ein geeignetes Mittel ist, den in These (1) gesetzten Zweck zu erreichen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass es nicht eine große Zahl von Fällen gibt, in denen laut These (1) der Zweck ebenfalls erreicht werden müsste, das in These (2) angegebene Mittel dafür aber nicht geeignet ist. Insofern geht These (3) über These (1) und (2) hinaus und ist durch Aufzeigen solcher Fallgruppen selbständig angreifbar. Dabei ist es allerdings nicht damit getan, sich den einen oder anderen abstrusen Einzelfall auszudenken, in dem die vorgeschlagene Auslegung zur Erreichung des postulierten Zwecks nicht geeignet ist. Ist das aber bei einer großen Gruppe von Fällen so, so erhebt sich gegen die untersuchte teleologische Auslegung ein Gerechtigkeitsargument. Man kann die Zufügung von Nachteilen, und die Anordnung einer Rechtsfolge läuft für den einen oder anderen Beteiligten immer auf einen Nachteil hinaus, nicht mit der Erreichung eines bestimmten Zwecks rechtfertigen, wenn in erheblich vielen unter diesem Zweckgesichtspunkt gleichartigen Fällen auf dessen Erreichung deshalb verzichtet wird, weil er mit dem empfohlenen Mittel nicht erreicht werden kann. Hier liegt sehr häufig die Schwäche einer teleologischen Argumentation.

In unserem Beispiel käme als eine solche Fallgruppe, in der die in These (3) vorgeschlagene Auslegung nicht geeignet ist, da, in These (1) aufgestellte Ziel zu erreichen, die der besonders leichtgläubigen Täuschungsoffer in Betracht, die erst gar nicht an der Richtigkeit der Täterbehauptung zweifeln, obwohl sie dazu konkreten Anlass hatten. Man könnte behaupten, dass diese Opfer den Zweifelnden insofern gleichstehen, als auch sie sich selbst durch mehr Vorsicht und Aufmerksamkeit schützen könnten.³⁸ Auch in diesen Fällen wäre also dem subsidiären Charakter des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes durch Ausschluss des Tatbestand des Rechnung zu tragen. Eine einschränkende Auslegung des Merkmals Irrtum ist dafür aber nicht geeignet. Es wäre also ungerecht, dem Zweifler mit der Begründung des fragmentari-

38 Auf diesen Einwand geht *Amelung* a.a.O. auf S. 9 f. ein, indem er die These zu widerlegen versucht, dass der Leichtgläubige ebensowenig schutzwürdig sei, wie der Zweifler.

schen Charakters des Strafrechtsschutzes diesen Rechtsschutz zu entziehen, wenn man ihn den Leichtgläubigen gewähren muss.

An These (4) könnte kritisiert werden, sie reiche nicht aus, die unerwünschten Folgen von These (1) und (3) zu beseitigen, und sie führe ihrerseits zu neuen unerwünschten Folgen. Dies hängt mit der bereits geäußerten Kritik an These (2) zusammen, deckt sich aber nicht mit dieser. These (2) haben wir entgegengehalten, dass es für einen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr nicht opportun ist, seinem Geschäftspartner grundsätzlich zu misstrauen. Hier geht es darum, dass es für die Rechtsordnung des Wirtschaftsverkehrs nicht sinnvoll ist, das gegenseitige Misstrauen zur allgemein gültigen Handlungsmaxime dadurch zu machen, dass sie es zur Obliegenheit des einzelnen erklärt, deren Verletzung mit dem Verlust des strafrechtlichen Schutzes des § 263 sanktioniert wird. These (4) versucht diesem Einwand durch eine Einschränkung des vorläufigen Auslegungsvorschlages von These (3) Rechnung zu tragen. Man könnte dem entgegenhalten, dass die Einschränkung auf konkret begründete Zweifel deshalb nicht genüge, weil auch bei solchen Begründungen eine Obliegenheit zur Nachprüfung oder Unterlassung des Geschäfts nicht bestehe und nicht bestehen solle. Außerdem stellt sich das Problem, wie der konkret begründete Zweifel vom unbestimmten und daher unbeachteten Zweifel an der Ehrlichkeit der Mitmenschen zu unterscheiden sei. Um diese Unterscheidung einigermaßen vollständig durchzuführen, braucht man eine Art Regelwerk der Obliegenheiten, aus dem hervorgeht, welchen Personen unter welchen Umständen man gehalten ist nicht zu glauben. Das führt notwendig zu einer Diskriminierung bestimmter Personengruppen, die nach ihrer Situation, ihrem äußeren Auftreten, ihrem Beruf, ihrer sozialen Stellung oder gar ihrer Nationalität gekennzeichnet würden als solche, denen man von Rechts wegen nicht glauben soll. Die Diskriminierung würde die Angehörigen jener Personengruppen treffen, die die Wahrheit sagen. Man kann gegen die analysierte teleologische Reduktion des Irrtumsbegriffs also kritisch einwenden, dass sie zu weiteren unerwünschten Nebenfolgen führt.

Es geht in diesem Zusammenhang nicht darum, abschließend zu der analysierten und kritisierten teleologischen Auslegung des Irrtumsbegriffs Stellung zu nehmen. Es sollte nur gezeigt werden, wie man eine teleologische Argumentation vollständig aufbaut, und wie und an welchen Stellen man sie kritisieren kann. Betrachten Sie daraufhin noch einmal unsere Diskussion des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs [auf S. 29, 30] und versuchen Sie sie anhand des oben beschriebenen und angewandten Argumentationsschemas und des dementsprechenden Kritikschemas zu rekonstruieren. Sie werden finden, dass es sich auch hier um einen teleologisch begründeten Interpretationsvorschlag (des Merkmals Vermögensschaden in § 263) und dessen zum größten Teil ebenfalls teleologisch begründete Kritik handelt. Hier werden Sie alle am obigen Beispiel demonstrierten Argumente und Gegenargumente

zu einer teleologisch begründeten Auslegung gleich zweimal finden: Zunächst bei der Frage, ob es der Zweck des § 263 sein kann, auch rechtswidrige, aber wirtschaftlich wertvolle Positionen zu schützen, ein zweites Mal bei der Frage, ob es der Zweck des § 263 sein kann, auch die »Ganerehre« strafrechtlich verbindlich zu machen.

Wie gesagt, ist der Schwachpunkt einer teleologischen Argumentation meistens die Behauptung, dass die vorgeschlagene Interpretation des Gesetzesbegriffs geeignet sei, den postulierten Gesetzeszweck in den meisten Fällen zu erreichen. Hier setzt denn auch meistens die Kritik eines teleologisch begründeten Interpretationsvorschlags an. Sie eignen sich besonders für die Klausur, bei der der Bearbeiter oft nicht genügend Zeit hat, sich grundsätzlich mit dem von der Theorie aufgestellten Zweckpostulat auseinanderzusetzen oder weitere Nebenfolgen ausreichend zu bedenken. Deswegen sei diese Form der Kritik nochmals an einem anderen Beispiel vorgeführt.

Der Begriff des Gebrauchmachens von einer Urkunde im Sinne des § 267 wird von der Rechtsprechung dahin erweitert, dass auch ein sog. mittelbares Gebrauchmachen unter diesen Begriff fällt. Als mittelbares Gebrauchmachen von einer Urkunde bezeichnet der BGH die Vorlage einer Fotokopie dieser Urkunde.³⁹ Zweck dieser Begriffserweiterung ist es offenbar, auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs in Fotokopien zu schützen, obwohl diese, wie der BGH zuvor festgestellt hat, selbst keine Urkunden sind. Man kann nun zunächst die Legitimität dieses Ziels bestreiten, indem man erklärt, das Vertrauen in Kopien sei nicht schutzwürdig, da der Getäuschte selbst leichtfertig handle, wenn er sich das Original nicht vorlegen lasse. Man kann aber auch zunächst dieses Ziel als legitim akzeptieren. Dann findet man, dass in gewissen Fällen die vorgeschlagene Erweiterung des Begriffs Gebrauchmachen geeignet ist, auch den Glauben an die Fotokopie zu schützen. Man findet aber leicht andere Fälle, in denen das nicht der Fall ist. Das sind diejenigen, in denen der Täter nicht durch Ablichtung eines Falsifikats, sondern durch Ablichtung einer Fotomontage die täuschende Fotokopie herstellt. Hier ist das Vertrauen in die Echtheit der Fotokopie ebenso gegeben. Durch die vorgeschlagene Erweiterung des Begriffs Gebrauchmachen um das sog. mittelbare Gebrauchmachen von einer Urkunde ist aber der Schutz dieses Vertrauens nicht zu erreichen. Auch das sog. mittelbare Gebrauchmachen von einer Falschurkunde setzt begrifflich die Existenz einer Falschurkunde voraus. Die zwecks Herstellung einer Fotomontage zusammengelegten Blätter sind aber mangels Dauerhaftigkeit der scheinbaren Erklärungsverkörperung keine Falschurkunde. Die vorgeschlagene Begriffserweiterung ist also in einer erheblichen Gruppe von Fällen ungeeignet, den Zweck zu erreichen, um dessentwillen sie vorgeschlagen wird. Sie ist daher ungerecht, weil sie zur

39 BGHSt 24, 142; BGHSt 5, 291; BGH NJW 1965, 642 m. Anm. Schröder JR 1965, 232; BGH NJW 1978, 2043.

ungleichen Behandlung von Fällen führt, die in der Prämisse als gleich, d. h. hier gleich strafwürdig, gekennzeichnet sind. Damit ist aber auch das Postulat dieses Zieles dadurch diskreditiert, dass das Gesetz selbst sich nicht dazu eignet, es zu erreichen. In unserem Beispiel stellt sich heraus, dass der Tatbestand der Urkundenfälschung, so wie er konzipiert ist, zum Schutz des Vertrauens in Fotokopien nicht taugt, es sei denn, man subsumiere Fotokopien direkt unter den Begriff der Urkunde.

Beliebte logische Fehler

Der schwerwiegendste logische Fehler, den Sie in einem Gutachten begehen können, ist der Selbstwiderspruch. Die Gelegenheit, diesen Fehler zu machen, haben Sie nur dann, wenn Sie ein und dieselbe Frage mehrfach beantworten. Diese Doppelarbeit ist für sich allein schon ein methodischer Fehler und beweist, dass der Kandidat entweder die Übersicht über seine eigenen Ausführungen verloren hat oder Seiten schindet. Handelt es sich bei der Wiederholung um eine allgemeine Rechtsfrage, so ist sie durch Rückverweisung zu erledigen. Handelt es sich aber um eine Subsumtionsfrage, so ist der ganze Subsumtionsansatz überflüssig und ersatzlos zu streichen, denn er ist durch die vorherige Subsumtion bereits erledigt.

Die häufigste Form, in der dieser Fehler auftritt, ist die, dass nach Ablehnung der Vollendung Versuch erörtert wird, obwohl die Vorstellungen des Täters in keiner Weise von der Wirklichkeit abweichen, die der Verfasser unter den Tatbestand zu subsumieren gerade eben abgelehnt hat. Wenn er dann auch noch Versuch bejaht, ist der Selbstwiderspruch perfekt. Wenn nämlich die Vorstellung des Täters vom objektiven Sachverhalt nicht abweicht, und der objektive Sachverhalt den Tatbestand nicht erfüllt, so kann ihn auch die Vorstellung des Täters nicht erfüllen, ein Tatentschluss ist ausgeschlossen. Die meisten Kandidaten prüfen, nachdem sie, aus welchen Gründen auch immer, die Vollendung abgelehnt haben, mechanisch den Versuch. Viele lassen die Gelegenheit nicht ungenutzt, sich dabei in Widersprüche zu ihren Ausführungen zum vollendeten Delikt zu verwickeln. Der Versuch ist nach Ablehnung der Vollendung nur dann zu prüfen, wenn die Vorstellungen des Täters zur Zeit der Tat inklusive seiner Erwartungen für die Zukunft von der Wirklichkeit irgendwie abweichen. Sind dann diese Vorstellungen im Gegensatz zur Wirklichkeit unter den Tatbestand subsumierbar, so liegt ein sog. umgekehrter Tatbestandsirrtum vor, dies ist Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Versuchs. Fehlt es an einer solchen Abweichung der Tätervorstellung von der Wirklichkeit, so ist die Prüfung des Versuchs gänzlich zu unterlassen, nachdem man die Vollendung abgelehnt hat.

Dies ist nur ein Sonderfall einer allgemeinen Regel, durch deren Befolgung Sie dem verheerenden Fehler des Selbstwiderspruchs mit Sicherheit entgehen können. Antworten Sie niemals auf ein und dieselbe Frage zweimal.

Während bei einem Selbstwiderspruch immer feststeht, dass auch ein inhaltlicher Fehler vorliegt, da ja schon aus logischen Gründen nur eine der beiden widersprechenden Thesen wahr sein kann, bedeuten andere logische Fehler noch nicht unbedingt ein inhaltlich falsches Ergebnis. Diese Fehler bestehen darin, dass zur Begründung eines Ergebnisses oder zur Entscheidung eines Streits Sätze herangezogen werden, die aus logischen Gründen dazu nicht geeignet sind. Das bekannteste Beispiel dafür ist der Zirkelschluss, von den Juristen auch *petitio principii* genannt. Er besteht darin, dass man zur Begründung einer umstrittenen These nichts anderes verwendet, als eine andere Formulierung eben dieser These, indem man diese andere Formulierung ausdrücklich oder stillschweigend als unstrittig oder unbestreitbar darstellt. Der Fehler liegt also nicht in dem Zirkel selbst, der ist im Gegenteil sogar immer in sich schlüssig. Er liegt nur darin, dass man vorgibt, mit einem Zirkel etwas beweisen zu können. Machen wir uns dieses Vorgehen an einem Textbeispiel klar.

Bei der sog. *aberratio ictus*. Standardfall: Der Täter zielt in Tötungsabsicht auf den A und trifft den B, ist bekanntlich streitig, ob wegen vollendeter Tat zu bestrafen ist, weil der Täter den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung verwirklichen wollte und auch verwirklicht hat, oder ob nur Versuch in Verbindung mit fahrlässiger Tötung in Frage kommt, weil der Täter eine andere Person getötet hat, als er töten wollte. Es ist also umstritten, ob die Individualisierung des Täters durch das Zielen auf ein bestimmtes Opfer für die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz maßgeblich ist oder nicht. Gegen die Auffassung, die die Maßgeblichkeit dieser Individualisierung bestreitet, argumentiert *Wessels* wie folgt: Sie »überzeugt nicht. Sie setzt sich über den individualisierten Tötungsvorsatz des Täters hinweg, indem sie die mit der konkreten Objektvorstellung zwangsläufig verbundene Gattungsvorstellung zur maßgeblichen Entscheidungsgrundlage macht«. ⁴⁰ Mit dieser Argumentation wird vorausgesetzt, dass es ein Fehler ist, sich über die Konkretisierung des Vorsatzes durch den Täter hinwegzusetzen. Eben das wird aber von der kritisierten Auffassung bestritten, die diese Konkretisierung nicht für maßgeblich hält. Auf diesen Streit ist die zitierte Begründung der h.L. gar nicht eingegangen, sie hat vielmehr die These der h.L. selbst zu ihrer eigenen Begründung verwendet, sie also als unbestreitbar dargestellt. Das ist das Wesen eines Zirkelschlusses.

Einen Zirkelschluss zu entlarven ist nicht immer so leicht. Dass die Begründung inhaltlich mit der zu begründenden umstrittenen These identisch ist, kann durch ihre andersartige Formulierung verschleiert sein. Noch wir-

⁴⁰ *Wessels* AT § 7 I V 2.

kungsvoller ist die Verschleierung aber dann, wenn die Ausgangsthese in der Begründung gar nicht nochmals ausgesprochen, sondern implizit als richtig vorausgesetzt wird. Der Zirkelschluss wird also nicht vollständig, sondern nur rudimentär niedergeschrieben und ist gerade deshalb nicht sofort als Zirkel erkennbar. Um ihn aufzudecken, muss man also die Argumentationskette zunächst einmal vervollständigen. Nehmen wir als stellvertretendes Beispiel für viele ähnliche die folgende Begründung der Kausalität in einem Einzelfall:

»Ursächlich für den Tod des Opfers ist nicht nur der Messerstich des Mörders, sondern auch der Verkauf des Messers an den Mörder. Der Verkauf des Messers kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass dieser konkrete Erfolg, der Stich mit diesem Messer entfiel ... Aber auch wenn der Mörder das gleiche Messer (gemeint ist offensichtlich die gleiche Art von Messer) woanders erhalten hätte, wäre doch der Tod auf andere Weise, eben durch Stich mit einem anderen Messer, erfolgt.«⁴¹

Das Beispiel soll die zuvor aufgestellte These illustrieren, dass die sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel auch beim Vorhandensein einer sog. Ersatzursache ein korrektes Verfahren zur Feststellung der Kausalität im Einzelfall ist, wenn man nur nach den notwendigen Bedingungen gerade für diesen »konkreten Erfolg« fragt. Für sich allein betrachtet ist diese Argumentation nicht zirkelschlüssig. Sie lässt aber die Frage offen, warum der Stich mit diesem Messer im vorliegenden Fall zu dem »konkreten Erfolg« gehört und nicht etwa nur ein mit diesem in keinem Zusammenhang stehender Begleitumstand ist. Der einzige Zusammenhang, der zwischen dem Stich mit diesem Messer und dem Tod des Opfers besteht, ist eben der, dass der Stich mit diesem Messer kausal für den Tod des Opfers war. Fertig ist der Zirkelschluss. Die zu begründende Behauptung kommt in der vollständigen Begründung selbst als ihr eigener Grund vor.

Ein solcher Zirkelschluss liegt immer vor, wenn versucht wird, die Formel von der notwendigen Bedingung, dass sog. hypothetische Eliminationsverfahren, dadurch zu retten, dass man auf den »Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt« abstellt.⁴² Überhaupt können Sie sich als Regel merken, wenn der Jurist das Adjektiv »konkret« in den Mund nimmt oder gar das Adjektiv »ganz konkret«, so können Sie mit ziemlicher Sicherheit erwarten, dass er nun eine Tatsache oder eine Angabe in seiner Argumentation einfügen wird, deren Relevanz er nicht begründen kann.

⁴¹ *Baumann-Weber* (Fn. 31) § 17 II 2) q.

⁴² So schon *Hartmann*, *Das Kausalitätsproblem im Strafrecht*, 1900, S. 76; ebenso *Schlüchter*, *JuS* 1967, 381; *dies.* *JA* 1984, 673; *Ranft*, *NJW* 1984, 1426; stillschweigend nach dieser *Maxime* verfahren z. B. *Jakobs*, *FS Lackner*, S. 56; *Wesels* *AT* 6 I 3; *Blei* *AT* § 28 II 1 a; *Ebert*, *Jura* 1979, 564.

Das Beispiel lehrt, dass Zirkelschlüsse nicht nur bei theoretischen Rechtsfragen vorkommen können, sondern auch bei Feststellungen zum Einzelfall. Es lehrt weiter, dass Zirkelschlüsse gerade dann besonders verführerisch sind, wenn sie offensichtlich richtige Behauptungen begründen sollen. Dass in unserem Beispielfall der Verkauf des Messers an den Täter kausal war für den Tod des damit erstochenen Opfers, ist offensichtlich richtig. Die Frage ist nur, wie man das richtig zu begründen hat.⁴³

Eine besonders heimtückische Falle sind Bedingungssätze. Sie sind eine unerschöpfliche Quelle logischer Fehler. In der deutschen Sprache werden sie mit der Konjunktion »wenn ... dann« bezeichnet und zwar ohne Unterschied danach, ob sie eine notwendige oder eine hinreichende Bedingung darstellen sollen. Dabei sind die logischen Folgerungen, die man aus der Angabe einer hinreichenden Bedingung ziehen kann, ganz andere als die, die die Angabe einer notwendigen Bedingung gestatten. Der Satz, dass ein Sachverhalt hinreichende Bedingung beispielsweise für eine Rechtsfolge ist, gestattet für den Fall, dass der Sachverhalt gegeben ist, den Schluss auf die Gültigkeit der Rechtsfolge. Das ist unser normaler juristischer Syllogismus. Für den Fall, dass der Sachverhalt nicht gegeben ist, folgt aus der Tatsache, dass er hinreichende Bedingung für die Rechtsfolge ist, gar nichts. Es ist ja nicht ausgeschlossen, dass es noch andere hinreichende Bedingungen für die gleiche Rechtsfolge gibt, und dass diese im vorliegenden Fall gegeben sind. Es ist also falsch, beispielsweise wie folgt zu schließen:

Wenn X aus niedrigen Beweggründen getötet hat, ist X Mörder. X hat nicht aus niedrigen Beweggründen gehandelt, also ist X kein Mörder.

Hier ist die Möglichkeit außer Acht gelassen worden, dass ein anderes Mordmerkmal, also eine andere hinreichende Bedingung für die Rechtsfolge erfüllt sein könnte.

Dass eine andere hinreichende Bedingung nicht in Betracht kommt, ist allerdings manchmal so selbstverständlich, dass es nicht extra betont zu werden braucht. Oder es ist bereits am Beginn der Argumentation klargestellt worden, dass eine andere hinreichende Bedingung, in unserem Beispiel ein anderes Mordmerkmal, nicht in Betracht kommt. Dann ist die vorstehende Argumentation akzeptabel. Denn für den vorliegenden Fall steht dann fest, dass die geprüfte Bedingung, in unserem Beispiel Handeln aus niedrigen Beweggründen, nicht nur eine hinreichende, sondern auch eine notwendige für die Rechtsfolge, im Beispiel Strafbarkeit wegen Mordes, ist. Aus dem Fehlen einer notwendigen Bedingung folgt aber logisch auch die Verneinung des Bedingten.

Dieser logische Fehler wird nicht nur gemacht, wenn es gilt, eine Negation zu begründen, er kann auch bei der Begründung für die Bejahung einer Rechtsfolge oder einer Subsumtion auftreten. Man gibt eine hinreichende

⁴³ Vgl. dazu *Puppe* ZStW 92 (1980), 863, 874 ff., s.u. Seiten 112 ff.

Begründung für die Ablehnung der Rechtsfolge oder Subsumtion an, stellt fest, dass die dafür hinreichende Bedingung nicht gegeben ist, und schließt daraus fehlerhaft auf die Rechtsfolge oder die Subsumtion.

Nehmen wir an, es gelte der Satz, dass Erlangung einer Sache durch Wegnahme und Erlangung der gleichen Sache durch Verfügung sich ausschließen.⁴⁴ Daraus ergibt sich dann folgende zureichende Bedingung für die Ablehnung einer Subsumtion: Immer wenn X die Sache S durch Wegnahme erlangt hat, hat X die Sache S nicht durch eine Verfügung erlangt. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass X die Sache S auf eine Weise erlangt, die weder Wegnahme noch Verfügung ist, beispielsweise durch eigenmächtige Aneignung einer gewahrsamslosen Sache. Man kann also das Vorliegen einer Verfügung nicht wie folgt begründen:

Immer wenn X die Sache S durch Wegnahme erlangt hat, hat X die Sache S nicht durch Verfügung erlangt.

X hat die Sache S nicht durch Wegnahme erlangt, also hat X die Sache S durch eine Verfügung erlangt.

Angesichts der Unerträglichkeit von Strafbarkeitslücken mag man zwar an die Möglichkeit gar nicht denken, dass weder Diebstahl noch Betrug vorliegt, deswegen ist diese Möglichkeit noch nicht logisch ausgeschlossen.⁴⁵ Abgesehen davon, sollten Sie sich durch noch so scharfsinnige logische Ableitungen niemals die Subsumtion des Sachverhalts unter ein Tatbestandsmerkmal ersparen. Wenn Sie annehmen, dass eine Verfügung vorliegt, müssen Sie auch sagen, worin sie besteht.

Mit einer notwendigen Bedingung verhält es sich umgekehrt. Aus der Tatsache, dass sie gegeben ist, ergibt sich allein noch gar nichts. Nur aus der Tatsache, dass sie nicht gegeben ist, folgt logisch, dass auch das Bedingte nicht gegeben sein kann. Es ist also logisch fehlerhaft, aus dem Vorhandensein einer notwendigen Bedingung für eine Tatsache oder eine Rechtsfolge auf das Vorhandensein dieser Tatsache oder Rechtsfolge zu schließen, es können ja weitere notwendige Bedingungen dafür fehlen.

Ein klassisches Beispiel für diesen Fehler ist der Versuch, aus § 16 mit Hilfe des sog. Umkehrschlusses der Irrtumslehre die Strafbarkeit des untaug-

44 In der Dogmatik der Vermögensdelikte sind große Anstrengungen unternommen worden, um zu erreichen, dass dieser Satz gilt, vgl. BGHSt 17, 205, 209; *Backmann*, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, 1974, S. 65 ff.; *Schröder*, ZStW 60 (1941), 33 ff., 38 ff.; *Otto* ZStW 79 (1967), 59 ff., 64 ff.; *Herzberg* ZStW 89 (1977), 367 ff.; *Geppert* JuS 1977, 69 ff.; *Rengier* JuS 1981, 654 f.; LK-*Lackner* Rn. 101 ff. (103, 116) zu § 263. Es ist aber nach wie vor bestritten, vgl. *Herzberg* ZStW 89 (1977), 367, 374; *Schröder* ZStW 60 (1941), 80; *Lenckner* JZ 1966, 321; *Welzel* (Fn. 25), 372; SK-*Samson* Rn. 49 zu § 242.

Und es gibt auch keinen berechtigten sachlichen Grund dafür, dass sich Diebstahl und Betrug unbedingt ausschließen müßten, vgl. *Puppe* JR 1984, 229.

45 Vgl. auch SK-*Samson* Rn. 89 zu § 263.

lichen Versuchs herzuleiten.⁴⁶ § 16 sagt, dass die Kenntnis der Tatsachen, die zum objektiven Tatbestand gehören, notwendige Bedingung für die Strafbarkeit wegen Vorsatzes ist. Der fehlerhafte Schluss lässt sich wie folgt darstellen:

Nur wenn der Täter die Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatsachen hat, wird er aus dem Vorsatzdelikt bestraft.

Der Täter hat die Kenntnis der zum objektiven Tatbestand gehörenden Tatsachen.

Also wird der Täter wegen des Vorsatzdelikts bestraft.

Die Fehlerhaftigkeit dieser Form des sog. Umkehrschlusses wird sofort deutlich, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass die Strafbarkeit des Versuchs außer von der Kenntnis irgendwelcher Tatsachen selbstverständlich auch noch von anderen Voraussetzungen abhängt, beispielsweise davon, dass der Täter mit der Ausführung der Tat begonnen hat und davon, dass die Strafbarkeit des Versuchs gesetzlich angeordnet ist. Darüber, ob noch weitere notwendige Bedingungen für die Strafbarkeit des Versuchs, beispielsweise seine Tauglichkeit, gelten, ist aus § 16 nichts zu entnehmen.

Nur aus einer sowohl notwendigen als auch hinreichenden Bedingung ergibt sich ein logisch zwingender Schluss auf das Bedingte, sowohl für den Fall, dass die betreffende Bedingung gegeben ist, als auch für den Fall, dass sie fehlt. Nur dann gilt nämlich: Ist die Bedingung gegeben, so auch das Bedingte, fehlt die Bedingung, dann fehlt auch das Bedingte. Diese Schlussform hatten wir beim *argumentum e contrario* angetroffen.

Das Geheimnis der Subsumtion

Die meisten Fallbearbeiter glauben, mit der Auffindung und der Erörterung eines Theorienstreits sei ihre Aufgabe eigentlich erledigt. Aus der Entscheidung für eine Theorie ergebe sich zwangsläufig auch die Entscheidung des Falles. Das Gegenteil ist richtig. Oft beginnen die eigentlichen Probleme der Falllösung erst dann, wenn man sich für eine bestimmte Theorie entschieden hat oder erkannt hat, dass ein Theorienstreit gar nicht einschlägig ist. Den sog. Theorien gelingt es eben nicht, die gesetzlichen Begriffe auf ein Paar einfache und scharf umgrenzte Merkmale zu reduzieren, im Gegenteil, sie zeigen, dass diese Begriffe, beispielsweise Täter, Vorsatz, Wegnahme, Schaden, Urkunde usw., nur durch ein sehr kompliziertes Geflecht von Verknüpfungen anderer ebenfalls unscharfer und problematischer Begriffe darzustellen sind, und dies noch nicht einmal vollständig. Hier, bei der Anwendung der Theorie auf den Einzelfall, wo der Kandidat nicht mehr auf vorgefertigte Argumente aus dem Schrifttum oder der Rechtsprechung zurückgreifen kann, stellt sich erst heraus, ob er die Theorie bzw. den Begriff,

46 RGSt 42, 92, 94; 72, 109, 112; *Bruns*, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955, S. 10 ff. (14 f.).

den er anwenden soll, überhaupt verstanden hat und sich etwas darunter vorstellen kann. Hier nun zeigen sich viele Studenten und Kandidaten seltsam hilflos.

In einer mündlichen Prüfung hatten die Kandidaten zu entscheiden, ob ein Beteiligter an einem Bankraub, der lediglich mitgehen und aufpassen sollte, dass nichts dazwischen kommt, Täter oder Gehilfe ist. Sie waren sofort bereit, in eine Diskussion um die subjektive oder objektive Täterlehre einzutreten. Auf die Frage aber, ob denn dieser Beteiligte überhaupt Tatherrschaft gehabt habe, bekam ich nichts zur Antwort als »ja«. Keiner der Kandidaten war in der Lage, diese Antwort irgendwie weiter zu begründen. Das ließ mich zweifeln, ob sie überhaupt eine Vorstellung davon hatten, was Tatherrschaft ist, welche verschiedenen Formen von Tatherrschaft es gibt und aus welchen Elementen sie sich zusammensetzen. Denn der Fall des Schmierestehers ist unter den Anhängern der Tatherrschaftslehre und ihrer verschiedenen Modifikationen streitig.⁴⁷ Hier und weniger in der Wiederholung eines Grundsatzstreites liegt oft das eigentliche Problem des Falles. Es geht um die Entscheidung von Grenzfällen innerhalb einer Theorie. Soll es zum Beispiel in unserem Fall für die Stellung des Angeklagten eine Rolle spielen, dass er weder an der Planung noch an der Ausführung der eigentlichen Tat beteiligt ist und sich den Anweisungen des anderen vollständig unterordnet, oder soll allein entscheidend sein, dass er zur Zeit der Tat am Tatort anwesend ist? Soll es darauf ankommen, ob der andere auf die Hilfsdienste des Angeklagten wirklich angewiesen ist oder leicht auf sie verzichten könnte? An dieser Stelle fehlt es bei den meisten Hausarbeiten an Sorgfalt und bei den Klausuren an Kenntnissen. Die Kandidaten halten es für ausreichend, den Ausdruck Tatherrschaft ins Spiel zu bringen. Dabei sind Ausdrücke wie Tatherrschaft, animus auctoris und sonstige Kurzbezeichnungen einer Theorie nicht viel mehr als eine Art Name für den obersten leitenden Gesichtspunkt eines theoretischen Konzepts, das durch mehr oder weniger spezielle und präzise Unterbegriffe auszufüllen ist. Allein über die Frage, was in den verschiedenen Fallkonstellationen Tatherrschaft ist, kann man dicke Bücher schreiben.⁴⁸

Aber wie kann man denn eine Subsumtion eigentlich begründen? In einem Kolloquium über Methodenlehre brachte ich eines Tages einen Apfel mit und rollte ihn über den Tisch. Den unglücklichen Teilnehmer, bei dem der Apfel liegen blieb, fragte ich dann, was denn da vor ihm läge. Er antwortete: »Ein Apfel.« Ich fragte ihn, warum dies ein Apfel sei. Er antwortete: »Das ist eine grüne feste Frucht mit glatter Schale und der für einen Apfel typischen Größe.« Ich fragte weiter, wie er denn zu dieser Behauptung käme. Er versuchte weitere Eigenschaften dieses Dinges aufzuzählen, die ihn dazu berechtigten,

47 Vgl. z.B. LK-*Roxin* Rn. 108, 133 zu § 35, der in der Regel im Sinne der Mittäterschaft entscheiden will; anders SK-*Samson* Rn. 47 zu § 25.

48 Siehe nur *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., (635 Seiten).

es einen Apfel zu nennen. Schließlich brach ich den Dialog ab, und entschuldigte mich bei meinem Hörer dafür, dass ich ihn »so gequält« hätte. Wäre er weniger höflich gewesen, so hätte er vielleicht gesagt, es sehe doch schließlich ein jeder, dass dies ein Apfel sei, und wenn ich dies bestreiten wolle, so hätte ich entweder keine Augen im Kopf oder keine Ahnung von Äpfeln oder könnte kein Deutsch. Das Spiel lehrt zweierlei:

Wann immer eine Subsumtion angezweifelt wird, so kann sie nicht anders verteidigt werden, als mit einer weiteren Subsumtion, die dann wieder angezweifelt und mit einer neuen Subsumtion begründet werden kann usw. Niemals kommen wir heraus aus Sätzen von der Form »dies ist ein soundso Ding«. Wir kommen also niemals heraus aus unseren Begriffen und zu den Dingen an sich. Dieses Problem können wir Juristen aber getrost den Erkenntnistheoretikern überlassen, denn, was wir einen Fall nennen, ist ja nicht Wirklichkeit an sich, sondern bereits unter Begriffe subsumierte Wirklichkeit. Indem der Aufgabensteller beispielsweise das Etwas, das als Gegenstand eines Diebstahls in Betracht kommt, als Auto bezeichnet, hat er bereits eine Subsumtion vollzogen. Nichts anderes gilt für den Richter. Auch er nimmt die Wirklichkeit ja nicht unmittelbar wahr, sondern erfährt sie beispielsweise durch Urkunden oder Zeugenaussagen in einer bereits unter Begriffe subsumierten Form. Bei der Subsumtion der Sachverhaltelemente unter die Tatbestandsmerkmale geht es also gar nicht unmittelbar um das Verhältnis zwischen Begriff und Wirklichkeit, sondern um Verhältnisse zwischen Begriffen. Jeder Subsumtion liegt also eine, wenn auch winzig kleine Teildefinition des Begriffes zugrunde, unter den subsumiert wird. Wenn ich von dem im Sachverhalt erwähnten Auto behaupte, es sei eine bewegliche Sache, so kann ich als Begründung dafür nur anführen, dass der Begriff Auto ein Unterbegriff des Begriffs bewegliche Sache ist.

Wenn wir aber nie herauskommen aus der Bildung von Begriffen und Unterbegriffen, wenn wir immer wieder bei einem Satz landen von der Form »dies ist ein soundso Ding«, so müssen wir irgendwann einmal mit dem Subsumieren einfach aufhören. Das ist das zweite, was unser Apfelspiel lehren sollte. Man wird dann aufhören, wenn man bei einem Begriff angekommen ist, der so einfach ist, dass man sich über seinen Inhalt nicht mehr streitet, und so eindeutig auf den Sachverhalt bzw. den Gegenstand zutrifft, dass man sich über die Subsumtion des Gegenstandes unter diesen Begriff nicht mehr streitet.⁴⁹ Das war bei dem Apfelspiel bereits der Fall bei dem Satz, »dies ist ein Apfel«, und meine weitere Fragerei war unfair. Eine Subsumtion unter solche einfachen Begriffe bedarf also keiner weiteren Begründung. Was sollte man auch zur Begründung dafür anführen, dass ein Auto eine bewegliche Sache ist?

⁴⁹ Vgl. auch *Arzt* (Fn. 17), S. 6; *Dubisthar*, Grundbegriffe des Rechts 1968, S. 16; *Klug* (Fn. 21), 5–18.

Von Begriffen wie Tatherrschaft, Anfang der Ausführung, *dolus eventualis* kann man aber nicht sagen, dass sie dergestalt einfach und in ihrem Inhalt unumstritten sind, dass sich eine weitere Verständigung darüber erübrigt. Wer unter einen solchen Begriff unmittelbar subsumiert, hat seine Aufgabe nicht erfüllt. Diese Aufgabe besteht darin, auf den Sachverhalt passende Teildefinitionen des problematischen Rechtsbegriffs zu entwickeln, bis man zu einer Teildefinition gelangt, die hinreichend einfach und klar ist, und die auf den Sachverhalt so eindeutig zutrifft, dass es einer weiteren Begründung nicht bedarf. Das und nichts anderes ist das geheimnisvolle Hin- und Herwandern des Blickes, das Entwickeln der Norm auf den Sachverhalt und des Sachverhalts auf die Norm hin, von dem in der Subsumtionstheorie so viel die Rede ist.⁵⁰ Hier ist also all das einschlägig, was wir über Definitionen und Teildefinitionen ausgeführt haben. Lesen Sie dieses Kapitel nochmals durch.

Wir wollen diese so wichtige Technik noch an einem weiteren Beispiel und mit diesem gleichzeitig einen typischen Fehler demonstrieren. Wenn der Sachverhalt angibt: A habe den B mit einer Eisenstange auf den Kopf geschlagen, um ihn zu töten und anschließend auszurauben, so ist es ein grober, aber auch beliebter Fehler, den Vorsatz mit dem Satz zu begründen, bezüglich des Todes des Opfers hatte der Täter »mindestens *dolus eventualis*«. Der Begriff des *dolus eventualis* ist von allen Begriffen der Vorsatzlehre der problematischste, inhaltlich am meisten umstrittene und auch vagste Begriff. Der Sachverhalt gibt aber gar keinen Anlass, sich mit den Problemen des *dolus eventualis* auseinanderzusetzen, der Verfasser in unserem Beispiel hat dies wohlweislich auch nicht getan. Er hat allerdings seine Subsumtion unter diesen problematischen Begriff auch nicht begründet. Hätte er es versucht, so hätte er gemerkt, dass nach dem Wortlaut des Sachverhalts ein eindeutiger Fall von Absicht vorliegt. Der Begriff der Absicht und der Begriff des *dolus directus* sind Unterbegriffe des Vorsatzes, die schärfer und klarer definiert sind, als der Begriff »mindestens *dolus eventualis*«. Die einzig korrekte Lösung wäre also hier die Feststellung der Absicht. Diese ist nach dem Sachverhalt derart unproblematisch, dass sie keiner weiteren Begründung bedarf.

Es wird aber nicht immer gelingen, einen dem gesetzlichen Begriff unterfallenden Unterbegriff zu finden, der auf den Sachverhalt derart eindeutig zutrifft. Wäre es so, so gäbe es in der Jurisprudenz keine vagen Begriffe und keine zweifelhaften Fälle. Wenn Sie zum Beispiel zu entscheiden haben, ob bereits ein Anfang der Ausführung vorliegt, werden Sie nicht immer in der glücklichen Lage sein, dies mit Hilfe einer Teildefinition eindeutig begründen zu können, etwa der, ein Anfang der Ausführung liegt jedenfalls dann vor, wenn ein Teil des Tatbestandes bereits verwirklicht ist. Liegt die zu

50 Vgl. etwa *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 98 ff., insbesondere S. 105; *Arthur Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 2. Aufl. 1982, S. 37 ff., insbesondere S. 42; *Hruschka*, ARSP 50 (1964), 485 ff., insbesondere S. 486 f.

beurteilende Handlung vor der Verwirklichung des ersten Tatbestandsmerkmals, so bleibt Ihnen nichts anderes übrig, als selbst zu entscheiden, ob der zeitliche, örtliche und situative Zusammenhang mit der eigentlichen Tatausführung eng genug ist oder nicht. Zur Begründung Ihrer Entscheidung können Sie dann nichts weiter tun, als diese Zusammenhänge aus dem Sachverhalt herauszuarbeiten. Sie werden damit zwar nicht zu einer absolut unanfechtbaren Begründung Ihrer Entscheidung kommen, aber doch immerhin zu einer Begründung.⁵¹

Eine Möglichkeit, die unmittelbare Subsumtion eines Sachverhalts unter einen vagen Gesetzesbegriff weiter zu begründen, ist unter Umständen dann gegeben, wenn man andere unstreitige Subsumtionen zur Verfügung hat. Dabei wird sich der Gutachter oft weitgehend an der Rechtsprechung orientieren können. Die Wissenschaft übernimmt solche Entscheidungen weitgehend deshalb, weil man schwer oder gar nicht gegen sie argumentieren kann. Wie soll man sich beispielsweise kritisch mit der These auseinandersetzen, dass die Grenze des geringen Werts von Sachen im Sinne des § 248a bei DM 50,- liegt,⁵² oder der These, dass 10 Tage eine geraume Zeit der Strafverzögerung sind, 6 aber nicht?⁵³ Haben wir eine solche unstreitige Teildefinition, so können wir daraus nicht nur eine Begründung für die Fälle herleiten, die dem entschiedenen in der betreffenden Hinsicht völlig gleich sind, sondern unter Umständen auch für andere. Aus unbestimmten Rechtsbegriffen, wie beispielsweise erheblich, gefährlich, geringwertig, lassen sich nämlich Steigerungsbegriffe herleiten, beispielsweise erheblicher als, gefährlicher als, geringwertiger als. Also können wir nicht nur per Analogieschluss von einem gleichartigen auf einen gleichartigen Fall schließen, sondern auch das argumentum a fortiori, den Erst-Recht-Schluss, anwenden. Haben wir eine unumstrittene Teildefinition, etwa in Gestalt einer gerichtlichen Entscheidung, bei

51 Die unmittelbare Subsumtion eines Grenzfalles unter einen vagen Begriff wird oft als Wertung oder Wertungsakt bezeichnet, womit ihr Charakter als Dezision, also als, wenn auch unumgänglicher, richterlicher Machtspruch etwas kaschiert wird. Zur Aufklärung des Vorgangs und zur besseren Begründung einer solchen Subsumtion trägt die Rede vom Akt der Wertung nichts bei. Sie begründet nur die Gefahr, vage Begriffe mit werthaltigen Begriffen fälschlich gleichzusetzen. Es dient der Methodenehrlichkeit und -klarheit, wenn man sich den dezisionistischen Charakter einer solchen Subsumtion und die Grenzen ihre Begründbarkeit eingesteht. Die Juristen reden heute gern von Wertung, wenn sie keine Rechenschaft darüber ablegen können, was sie tun.

52 So z. B. LG Kempten NJW 1981, 933; Schönke/Schröder-Eser Rn. 10 zu § 248a; Dreher-Tröndle Rn. 5 zu § 248a; Wessels BT 2, S. 77; vgl. zum Ganzen Schwind, Rpfleger 1970, 126.

53 Nach BGH NJW 1959, 495 (zu § 346 a.F.) soll eine Verzögerung um 6 Tage noch nicht genügen, nach OLG Stuttgart NJW 1976, 2084 reicht eine Verzögerung von 10 Tagen aus.

der das vage Tatbestandsmerkmal in geringerem Maße gegeben ist als im zu entscheidenden Fall, so können wir mit Hilfe des Erst-Recht-Arguments begründen, dass der zu entscheidende Fall ebenfalls unter das Tatbestandsmerkmal zu subsumieren ist, argumentum a minore ad maius. Haben wir eine Teildefinition des vagen Begriffs, nach der das Merkmal ausgeschlossen ist, und ist der entsprechende steigerungsfähige Begriff in dieser Teildefinition im höheren Maß gegeben als im zu entscheidenden Fall, so können wir in gleicher Weise begründen, dass im vorliegenden Fall das Merkmal erst recht nicht erfüllt ist, argumentum a maiore ad minus. Der praktische Jurist, der sich ja weitgehend an Präjudizien orientiert, wird oft so verfahren, beispielsweise der Anwalt, der die Aussichten für eine Revision abschätzen muss. Es ist allerdings nicht immer so ganz unproblematisch festzustellen, ob ein steigerungsfähiger Begriff in einem Fall in höherem Maße als in einem anderen gegeben ist. Das ist nicht immer so trivial, wie bei Zahlen und Mengenangaben, wo der Schluss so einfach ist, dass man ihn gar nicht mehr ausführt. Ist beispielsweise ein Rippenstoß eine erheblichere Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens als eine Ohrfeige, die unstreitig eine Körperverletzung ist? Auch hier können Sie für die Begründung Ihrer Subsumtionsentscheidung nichts weiter tun, als die maßgeblichen Vergleichskriterien herauszuarbeiten.

Bei der Subsumtion ist nicht nur die Frage zu entscheiden, ob der Täter sich überhaupt nach einer bestimmten Vorschrift strafbar gemacht hat, sondern auch worin das tatbestandsmäßige Unrecht besteht. Es sind also die Tatsachen des Sachverhalts genau zu bezeichnen, die die jeweiligen Tatbestandsmerkmale erfüllen. Nur dadurch wird das tatbestandsmäßige und damit für die Strafzumessung relevante Unrecht klar. Es muss also gesagt werden, worin der betrügerisch verursachte Schaden besteht und welches Ausmaß er hat, oder worin die Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens des Opfers bestehen, die der Täter als Körperverletzung zu verantworten hat. Die Erörterung muss also immer damit enden, dass ein Stück des Sachverhalts unter ein Tatbestandsmerkmal subsumiert wird. Diese Subsumtion darf nicht ersetzt werden etwa durch die Behauptung, der Täter habe das Tatbestandsmerkmal erfüllt. Das ist keine Subsumtion, sondern eine Subsumtionsbehauptung.⁵⁴

54 So auch *Arzt* (Fn. 17), S. 7.

Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz

(Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann 1989, 15–34)

Der Beginn der Wissenschaft
ist die Prüfung der Begriffe

Sokrates

Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten

Die moderne Definitionenlehre, wie sie in der Wissenschaftstheorie insbesondere für die beschreibenden Wissenschaften entwickelt worden ist, geht davon aus, dass Definitionen im strengen Sinne des Wortes nichts weiter sind, als Festlegungen eines Sprachgebrauchs. Ein Autor ist grundsätzlich darin frei, wie er seinen Sprachgebrauch festlegt, Definitionen bedürfen also keiner Begründung. Sie können auch nicht richtig oder falsch sein.¹ Sie unterliegen allenfalls insofern einem Maßstab der Zweckmäßigkeit, als sie für die Darstellung eines Sachverhalts mehr oder weniger geschickt gewählt sind, d.h. man kann mit Hilfe bestimmter Begriffsfestsetzungen einen Sachverhalt einfacher oder schwieriger darstellen.

Aber wir Juristen streiten uns nach wie vor über die Richtigkeit von Begriffsbestimmungen. Wir bemühen uns um die »richtige Begriffsbestimmung« des Versuchs, des Vorsatzes, des Täters u. dgl. Setzen wir uns damit nicht dem Vorwurf eines, obendrein recht kruden, Begriffsrealismusses aus und dem Vorwurf, die neuere Entwicklung der Definitionenlehre verschlafen zu haben? Fragen wie: Was ist die richtige Begriffsbestimmung von Versuch, Vorsatz, Täterschaft u. ä. erscheinen angesichts des definitorischen Beliebens sinnlos.

Die Wissenschaftstheorie hat eine Reihe von Regeln für das methodisch korrekte Definieren entwickelt, die unter anderem auch dieses definitorische Belieben sichern sollen. Ist eine Definition nämlich beliebig, bedarf sie also keiner Begründung, so darf sie auch selbst nicht dazu gebraucht werden, eine

1 Vgl. *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 325 f.; v. *Savigny*, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren, 3. Aufl., 1973, S. 23 f. Wir bezeichnen als Definitionen hier nur die Nominaldefinitionen, also Festsetzungen eines Sprachgebrauchs. Auch Feststellungen über einen vorhandenen Gebrauch eines Begriffes werden Definitionen (Gebrauchsdefinitionen) genannt. Das sind aber Behauptungen über die Verwendung eines Wortes durch einen oder mehrere Sprachbenutzer. Diese können allerdings wahr oder falsch sein und sind daher von den Nominaldefinitionen sorgfältig zu unterscheiden.

Aussage zu begründen. Denn eine solche Begründung wäre dann ebenso beliebig wie die Definition selbst. Präziser ausgedrückt: Mit Hilfe einer Begriffsbestimmung darf aus einer Klasse von Sätzen nichts ableitbar gemacht werden, was nicht auch ohne sie ableitbar ist. Das ist die sog. Nicht-Kreativität von Definitionen.² Eine der wichtigsten Regeln zu ihrer Sicherstellung ist das Verbot der nachträglichen Interpretation. Es besagt, dass ein Begriff, wenn er überhaupt in einem bestimmten Satzsystem definiert werden soll, definiert werden muss, ehe er zum ersten Mal in einem Satz gebraucht wird. Denn eine nachträgliche Definition kann dazu führen, dass aus früher aufgestellten Sätzen, die diesen Begriff enthalten, etwas ableitbar wird, was ohne die Definition nicht ableitbar war.³ Da die Festsetzung der Definition selbst beliebig ist, kann auf diese Weise aus einem System von ursprünglich wahren Sätzen etwas ableitbar gemacht werden, was falsch ist. Hierfür ein simples Beispiel. Ich habe den Satz aufgestellt: »Alle Raben sind schwarz«. Dieser Satz ist wahr, wenn ihm eine Definition von Raben zugrunde liegt, die, aus welchem Grund auch immer, nur schwarze Vögel erfasst. Definiere ich nun nachträglich den Begriff »Rabe« so, dass er auch weiße Raben erfasst, so wird aus meinem Satz der falsche Satz ableitbar, dass weiße Raben schwarz sind. Man kann dieses Verbot der nachträglichen Definition auch so fassen: Wenn du nachträglich eine Definition in deinen Texten einführt, so musst du alle bisher aufgestellten Sätze, in denen der definierte Begriff vorkommt, daraufhin überprüfen, ob der Begriff tatsächlich in diesem Sinne gebraucht worden ist, die Sätze also auch unter Zugrundelegung der Definition richtig sind.

Wenn wir in der Jurisprudenz Begriffe »definieren«, so verstoßen wir permanent gegen dieses Verbot nachträglicher Interpretation. Wir gehen von Sätzen, den Normen der Gesetze, aus, deren Formulierung gar nicht zu unserer Disposition steht und definieren nachträglich die in diesen Sätzen vorkommenden Begriffe. Auf diese Weise werden aus den Gesetzesnormen in Verbindung mit den nachträglichen Definitionen Sätze ableitbar, die ohne sie nicht ableitbar wären. Gerade das ist das Ziel unseres definitorischen Bemühens. Denn wir wollen mit Hilfe unserer Definitionen bisher offene Rechtsfragen beantworten, gebrauchen also Definitionen, um diese Antworten zu begründen.

Die einfachste Erklärung dafür wäre, dass es sich dabei gar nicht um die Aufstellung von Definitionen im oben vorausgesetzten Sinne, also um Nominaldefinitionen handelt, sondern um die Feststellung des im Gesetz bereits

² Herberger/Simon (Fn. 1), S. 324 ff.

³ Herberger/Simon (Fn. 1), S. 335 f.

vorhandenen Sprachgebrauchs, (sog. Gebrauchsdefinitionen).⁴ Als Sprecher, über dessen Wortverwendung diese Gebrauchsdefinitionen Aussagen machen sollen, kommt zunächst der historische Gesetzgeber in Betracht (subjektive Gesetzesauslegung) oder die Gesamtheit der heutigen Sprachbenutzer (objektive Auslegung). Aber wir beschränken uns bei der »Definition« der im Gesetz vorkommenden Begriffe längst nicht mehr auf diese klassischen Auslegungsarten oder gar, was für eine Gebrauchsdefinition erforderlich wäre, nur auf eine von ihnen: Wir lassen zur Begründung unserer »Definitionen« auch Argumente der Zweckmäßigkeit, der Praktikabilität (etwa Beweisbarkeit), der Gleichbehandlung und der Billigkeit zu (teleologische Auslegung). Es ist hier nicht der Ort, die Legitimation der teleologischen Auslegung zu diskutieren, sie ist heute allgemein anerkannt. Entscheidend in unserem Zusammenhang ist, dass eine »Begriffsdefinition«, die auch mit teleologischen Argumenten begründet wird, nicht mehr als Feststellung über einen vorgefundenen Sprachgebrauch, also als Gebrauchsdefinition, verstanden werden kann, sondern eine Festsetzung oder ein Festsetzungsvorschlag ist.

Aber Nominaldefinitionen sind diese Festsetzungen oder Vorschläge zur Bestimmung der im Gesetz vorkommenden Begriffe offensichtlich auch nicht, sonst wären sie beliebig und bedürften keiner Begründung, und es dürfte nichts aus ihnen ableitbar sein, was nicht auch ohne sie ableitbar ist. Da wir mit Hilfe dieser »Definitionen« neue Ergebnisse ableiten wollen, handelt es sich um theoretische Aussagen, die nur die Form einer Definition haben. Warum aber bedienen wir uns für unsere theoretischen Aussagen dieser Form? M. a. W. warum streiten wir Juristen uns immer noch über Begriffe? Wir setzen uns damit dem Verdacht aus, immer noch an die Begriffe als vorgegebene Entitäten und somit als Erkenntnisquellen zu glauben und Begriffsjurisprudenz im klassischen Sinne zu treiben.

Die Rechtfertigung dafür, dass wir vielen unserer theoretischen Aussagen die Form von Definitionen geben, obwohl es gar keine Definitionen (weder Nominaldefinitionen noch Gebrauchsdefinitionen) sind, liegt in dem Gebrauch, den wir Juristen von unseren Begriffen machen. Er unterscheidet sich grundlegend von dem Gebrauch von Begriffen in allen anderen, insbesondere in den beschreibenden Wissenschaften. Die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen Einzelfall besteht darin, von einem Sachverhalt festzustellen, dass er die in dem Rechtssatz vorkommenden Begriffe erfüllt. Damit wird dessen Rechtsfolge begründet. Etwa in dem Satz »X soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden, weil X ein Mörder ist« ist mit dem Nebensatz nicht nur eine Beschreibung von Eigenschaften des X gegeben, die wir unter dem Begriff »Mörder« zusammenfassen und ebenso gut mit anderen Begriffen

4 Zu diesem Unterschied zwischen Feststellungen über eine (vorhandene) Sprache und Festsetzungen für eine (insofern erst konstituierte) Sprache anschaulich v. Savigny (Fn. 1), S. 22 ff.

darstellen könnten. Es ist vielmehr in erster Linie gesagt, dass X unter den Begriff »Mörder«, wie er in § 211 StGB vorkommt, subsumierbar ist. Um die Rechtsfolge zu begründen, benutzen wir also den Begriff »Mörder« und nicht nur die Eigenschaften, die wir mit diesem Begriff beschreiben.

Bei einer empirischen Aussage dieser Form ist das anders. In dem Satz »X ist sterblich, weil X ein Mensch ist« wird mit dem Begriff Mensch auf eine Eigenschaft Bezug genommen, die Eigenschaft, ein vielzelliges Lebewesen zu sein. Nach unserer Erfahrung kann kein Vielzeller unbegrenzte Zeit leben. Diese Eigenschaft ist entweder selbst Bestandteil der vorausgesetzten Definition des Begriffes Mensch oder notwendig mit einem solchen verknüpft. Ändern wir diese Begriffsdefinition, verstehen wir also unter »Mensch« nicht mehr ein körperliches Lebewesen, sondern beispielsweise die unsterbliche Seele oder das Karma, so wird der Satz seiner Form nach falsch, aber nicht seinem Inhalt nach. Der Inhalt muss jetzt nur in anderen Worten ausgedrückt werden.

Ändern wir dagegen unseren Begriff »Mörder«, so kann der zuvor aufgestellte Satz »X ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen, weil X ein Mörder ist« seinem Inhalt nach falsch werden, obwohl sich weder die in ihm enthaltenen Tatsachenbehauptungen noch die Tatsachen geändert haben, sondern allein eine Begriffsbestimmung. Eine Subsumtion ist eine Aussage über einen Begriff, also eine Aussage in der Metasprache, aus der wir ganz handfeste Konsequenzen in der Objektwelt ziehen. Es ist also ausgeschlossen, dass wir über die Begriffe unserer Objektsprache frei disponieren, wie es die beschreibenden Disziplinen tun. Die Frage nach der richtigen Bestimmung eines Rechtsbegriffs muss also sinnvoll sein, sonst wäre die Festsetzung einer Rechtsfolge nicht zu begründen. Welches die Kriterien dieser Richtigkeit sind, ist Gegenstand der Auslegungslehre. Hier genügt es, festzustellen, dass wir nach allgemeiner Auffassung überhaupt über solche Richtigkeitskriterien verfügen.

In unserem Zusammenhang kommt es darauf an, dass das definitorische Belieben in der Jurisprudenz nicht gilt, dass es also einen guten Sinn hat, wenn Juristen sich über Begriffe streiten, also dogmatische Aussagen in der Form einer Begriffsbestimmung machen. In diesem formalen Sinne ist Jurisprudenz notwendig zu einem guten Teil Begriffsjurisprudenz, unabhängig davon, welche Inhalte die Begründungen ihrer Begriffsbestimmungen haben.

Gilt aber das definitorische Belieben in der Rechtswissenschaft nicht, so ist bei der Übernahme der Regeln, die für das richtige Definieren und den Umgang mit Definitionen in der an den beschreibenden Wissenschaften orientierten Wissenschaftstheorie aufgestellt worden sind, Vorsicht geboten. Aber immerhin haben unsere theoretischen Aussagen über Begriffe die gleiche Form, wie die Definitionen i.S. der Wissenschaftstheorie. Deshalb könnten wir uns Erkenntnisse der modernen Definitionenlehre zunutzemachen,

um unsere Formen der Begriffsbestimmung zu klären und womöglich ihre Technik zu verbessern. Das soll im Folgenden versucht werden.

Disjunktive Definitionen oder vom Hin- und Herwandern des Blickes

In seinem Aufsatz »Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht« fragt *Schmidhäuser*⁵ nach der richtigen Definition des Begriffs Rechtfertigung. Nachdem er die sog. Rechtfertigungsprinzipien, d. h. das Prinzip des mangelnden Interesses und das Prinzip des überwiegenden Interesses dargestellt hat, fährt er wie folgt fort: »Warum ist nun diese Darstellung von Rechtfertigungsprinzipien in der Reihe der Arten eines Definitionersatzes anzuführen und nicht schon selbst als Definition anzuerkennen? Die Antwort kann nur aus dem *logischen Zusammenhang von Wort, Begriff und Definition* heraus erfolgen: der Rechtfertigung kommt im Rahmen der Erfassung der Straftat eine durchweg einheitliche Rolle zu. Sie wird – mit Recht – allgemein in der Weise gesehen, dass bei gegebener Tatbestandlichkeit eines Verhaltens die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Für diese einheitliche Funktion muss es mit *logischer Notwendigkeit* auch einen *einheitlichen Begriff* geben; und wenn verschiedene »Prinzipien« der Rechtfertigung, wie es meist geschieht, alternativ angeführt werden, so kann dies nur dann *logisch stichhaltig* sein, wenn sie alle dem einen Begriff der Rechtfertigung unterfallen.«⁶ Es ist das *Ziel Schmidhäusers* darzutun, dass der Begriff der Rechtfertigung richtigerweise nur die Fälle des überwiegenden Interesses erfasst, während die Fälle des mangelnden Interesses an anderer Stelle (schon beim Tatbestand) zu berücksichtigen sind. Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob diese These *Schmidhäusers* inhaltlich richtig ist, sondern nur zu klären, ob er hier für sein Ergebnis zu Recht die Autorität der Logik oder die der Definitionenlehre in Anspruch nimmt.

Unter einem *einheitlichen Begriff* versteht *Schmidhäuser* offensichtlich einen solchen Begriff, der durch eine Reihe von notwendigen und zusammen hinreichenden Merkmalen definiert wird, so dass im definiens demnach als einzige Verknüpfung das »Und« vorkommt, verboten ist das »Oder«. Eine disjunktive Definition lehnt er also ab und lässt sie allenfalls als vorläufigen Definitionersatz oder als nähere Konkretisierung des einheitlichen Begriffes gelten. Einheitlich ist ein solcher Begriff insofern, als in jeder Anwendung des Begriffes die gleichen Merkmale vorkommen, diese sind also invariant zum Anwendungsfall. Das ist bei einer disjunktiven Merkmalsverknüpfung anders. Hier werden mal die Merkmale der einen Alternative, mal die der anderen angewandt oder auch beide, je nach dem, welche im vorliegenden Fall gerade erfüllt sind. Die Begründung dafür, dass der Begriff erfüllt ist, kann je nach dem Fall also ganz verschieden aussehen.

5 FS-Lackner (1987), 77 ff.

6 Vgl. *Schmidhäuser* (FN. 5), S. 87. Hervorhebungen nicht original

Wenn nun *Schmidhäuser* eine im eben beschriebenen Sinne nicht einheitliche Begriffsbestimmung nicht als logisch korrekte Definition anerkennt, so geht er offenbar von der aristotelischen Logik aus, insbesondere von der Regel: *Definitio fit per genus proximum et differentias specificas*. In der Wissenschaftstheorie ist dies als allgemeines Erfordernis einer korrekt geformten Definition längst überholt, insbesondere lässt die moderne Definitionenlehre disjunktive Definitionen zu.⁷ Da wir aber die allgemeine wissenschaftstheoretische Definitionenlehre nicht ungeprüft übernehmen dürfen, müssen wir fragen, ob dieses Erfordernis vielleicht für juristische Definitionen sinnvoll ist. Nun fällt auf, dass es auch in der Jurisprudenz zahlreiche disjunktive Definitionen gibt. Das Wort »oder« kommt im Besonderen Teil des StGB recht häufig vor, vgl. z. B. §§ 123, 211, 221, 223, 224 um nur einige klassische Tatbestände zu nennen. Die Zueignung wird gewöhnlich wie folgt definiert: »Eine Sache eignet sich zu, wer ihre Substanz oder ihren Wert seinem Vermögen einverleibt.«⁸ Man kann die »Uneinheitlichkeit« der Definition des Zueignungsbegriffs noch weiter treiben, indem man beispielsweise den Zueignungsbegriff wie folgt definiert: »Eine Sache eignet sich zu, wer die Substanz der Sache seinem Vermögen einverleibt oder wer den Wert der Sache seinem Vermögen einverleibt, wenn diese Sache ein Wertpapier ist.«⁹ Machen wir uns klar, wie uneinheitlich dieser Begriff ist. Für alle Sachen einschließlich Wertpapiere, ist der Begriff dann erfüllt, wenn der Täter die Sache ihrer Substanz nach seinem Vermögen einverleibt hat, für Wertpapiere ist der Begriff außerdem auch dann erfüllt, wenn der Täter das Papier nicht seiner Substanz nach, wohl aber seinem Wert nach seinem Vermögen einverleibt hat.

Dass solche Definitionen, obwohl sie nicht nur definitionstechnisch korrekt sind, sondern – wie gezeigt – auch in der Jurisprudenz vorkommen, gerade den Juristen nicht befriedigen, hat keine logischen, sondern juristische Gründe. Auch in dem angeführten Zitat von *Schmidhäuser* ist die Berufung auf die Logik eigentlich nur peripher und wird überhaupt nicht weiter begründet. Die Begründung der Forderung nach dem einheitlichen Begriff der Rechtfertigung ist die, dass dieser Begriff eine einheitliche »Rolle« hat. Juristische Begriffe sind Hilfsmittel, um Rechtsfolgen zu begründen. Deshalb hält der Jurist seine dogmatische Aufgabe erst dann für erfüllt, wenn er in dem Begriff diejenigen Kriterien zusammengefasst hat, in denen die zu erfassen-

7 Vgl. z. B. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 75; *Herberger/Simon* (Fn. 1), S. 310 f.; *Kuhlen*, Typiskonzeptionen in der Rechtswissenschaft, 1977, S. 129 f.

8 Vgl. etwa *Lackner*, 17. Aufl., 1987, Anm. 5 a; *Schönke/Schröder-Eser*, 22. Aufl., 1985, § 242, Rn. 45; *LK-Heiman-Trosien*, 9. Aufl., 1974, § 242, Rn. 39.

9 Dies entspricht in etwa der sog. erweiterten Substanztheorie, wie sie *Rudolphi* (GA 65, 33 ff.) entwickelt hat.

den Fälle maßgeblich gleich sind, so dass gesagt werden kann, warum sie in der Rechtsfolge gleich behandelt werden.

Zwingend ist diese Forderung aber auch juristisch nicht, denn der Gleichheitssatz oder die Gerechtigkeit gebietet uns zwar Gleiches gleich zu behandeln, verbietet uns aber nicht, auch Ungleiches gleich zu behandeln. Die Gründe, aus denen gegen verschiedene Personen genau die gleiche Rechtsfolge eintritt oder verhängt wird, z. B. eine Schuld von 1000,- Euro oder eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen à 200,- Euro, können recht verschieden sein.

Wenn wir allerdings verschiedene Sachverhalte unter denselben Begriff subsumieren, um die Anwendung derselben Norm und den Eintritt der gleichen Rechtsfolge damit zu begründen, geht es doch um die Behauptung ihrer Gleichheit in einer und zwar der für die Anwendung dieser Norm und dieses Begriffes maßgeblichen Hinsicht. Wie sollen wir diese maßgebliche Gleichheit anders bestimmen als durch die Angabe gleicher Eigenschaften aller unter diesen Begriff fallenden Gegenstände, also durch eine einheitliche Definition des Begriffes i.S. *Schmidhäusers*, der sich ja auch auf die »einheitliche Rolle« der Rechtfertigung beruft. Der begründende Gebrauch von Begriffen, den wir Juristen machen, und nicht die Logik oder die Definitionentechnik verpflichtet uns zur Aufstellung einheitlicher Begriffsdefinitionen, d. h. von Definitionen, die ausschließlich aus notwendigen Merkmalen bestehen.

Dass wir für unsere Begriffe solche Definitionen anstreben müssen, bedeutet aber nicht, dass dies die einzige Form der Definition ist, die wir überhaupt anwenden dürfen. Das wäre allerdings der Fall, wenn es sich wirklich um ein logisch begründetes Erfordernis handelte. In diesem Irrtum befangen begeben wir uns großer Vorteile, die uns andere Definitionsformen gerade in der Rechtsanwendung bieten.

Zunächst gilt für einheitliche Begriffsbestimmungen und nur für sie, dass sie umso inhaltsärmer sein müssen, je größer ihr Begriffsumfang (Extension) ist. Insbesondere disjunktive Definitionen haben diesen Nachteil nicht.¹⁰ Das ist gerade für Juristen besonders interessant, weil die gesetzlichen Begriffe nicht nur einen großen Umfang haben, sondern oft recht vielgestaltige Fälle umfassen sollen. Deshalb sind ihre einheitlichen Bestimmungen oft so inhaltsarm, dass sie für die Anwendung auf den Einzelfall kaum etwas hergeben, man denke an die Bestimmung der Zueignung als »se ut dominum gere«.

Der zweite Nachteil der einheitlichen Definitionen ist ihre Vagheit. Vage sind diese Definitionen deshalb, weil sie auch in den Randbereichen des Begriffes alle denkbaren Fälle erfassen müssen. Auf diese Randbereiche sind sie demgemäß ausgerichtet, und die Güte der Definition wird vor allen Dingen danach gemessen, ob sie sich in diesen Randbereichen bewährt.

¹⁰ Vgl. *Kuhlen* (Fn. 7), S. 132 ff. m.w.N.

Demgegenüber haben disjunktive Definitionen entscheidende Vorteile. Sie können merkmalsreich sein, auch wenn sie einen umfangreichen Begriff darstellen sollen. Sie können weiter eindeutige Fälle im Kernbereich des Begriffs gesondert präziser beschreiben, ohne diese Beschreibung mit der Vagheit des Randbereichs zu belasten. Ob man dann eine solche Beschreibung mehrerer alternativer Erfüllungsmöglichkeiten eines Begriffes nicht mehr Definition nennen will, sondern Konkretisierung, ist von untergeordneter Bedeutung. Entscheidend ist, dass man die Vorteile dieser Möglichkeit einer Begriffsbeschreibung kennt und nutzt.

Disjunktive Definitionen haben einen weiteren Vorteil, der gerade für Juristen besonders attraktiv ist, weil sie allenthalben mit vagen Begriffsmerkmalen arbeiten müssen. Habe ich einen im obigen Sinne einheitlichen Begriff, d. h. also eine Begriffsdefinition mit ausschließlich notwendigen Merkmalen und enthält diese Definition ein vages Merkmal, so erhöhe ich die Vagheit, indem ich ihr ein weiteres vages Merkmal hinzufüge. Bei einer disjunktiven Verknüpfung der vagen Merkmale verhält es sich umgekehrt. Eine disjunktive Verknüpfung von Merkmalen bedeutet, dass es genügt, wenn das eine oder das andere Merkmal erfüllt ist, dass aber auch beide gleichzeitig erfüllt sein können. Die Reduktion der Vagheit geschieht dadurch, dass in einem Fall, in dem die Erfüllung des einen vagen Merkmals zweifelhaft ist, die des anderen eindeutig sein kann.

Nehmen wir als Beispiel für eine solche Reduktion von Vagheit die Definition der Körperverletzung in § 223: »Wer einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt«. Es mag zweifelhaft sein, ob ein Faustschlag ins Gesicht, der vorübergehendes Nasenbluten auslöst, schon eine Gesundheitsbeschädigung ist. Eine körperliche Misshandlung ist es sicher. Hiermit soll übrigens nicht gesagt werden, dass § 223 ein besonders geglückter Fall von Definition ist.

Die Anwendung disjunktiver Definitionen erklärt mindestens zum Teil jenes oft beschworene Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm bei der Gesetzesanwendung, das *Engisch* beschrieben hat¹¹ und aus dem vor allem die juristische Hermeneutik recht weit reichende Konsequenzen für das Verhältnis von Sachverhalt und Norm und für die Anwendung von Begriffen zieht.¹² Mit diesem Bild beschreibt *Engisch* zwei Aspekte der Rechtsanwendung: Die Elemente des Sachverhalts, also die Tatsachen, für die wir uns interessieren, sind abhängig vom Inhalt der Norm, deren Anwendbarkeit auf diesen Sachverhalt wir überprüfen und vom Inhalt der in dieser Norm verwendeten Begriffe. Das ist nichts Besonderes und keines-

¹¹ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, S. 15.

¹² Vgl. etwa *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 98 ff., insbesondere S. 105; *Arthur Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 2. Auflage 1982, S. 37 ff., insbesondere S. 42; *Hruschka*, ARSP 50 (1964), 485 ff., insbesondere S. 486 f.

wegs auf die Anwendung von Rechtsnormen oder Normen überhaupt beschränkt. Wir können Wirklichkeit nur unter Begriffen erfassen und beschreiben. Andererseits sind aber auch die jeweils relevanten Merkmale eines Begriffes abhängig von dem Sachverhalt, auf den wir den Begriff anwenden wollen. Das gilt jedenfalls dann, wenn wir eine disjunktive Begriffsdefinition anwenden¹³ und auch daran ist dann nichts Geheimnisvolles mehr. Der Verdacht eines Zirkelschlusses, gegen den schon *Engisch* diese Beschreibung der Rechtsanwendung verteidigen zu müssen glaubte, kommt erst gar nicht auf.

Zu Recht besteht *Engisch* auf einer strikten Trennung der Konkretisierung der Norm aus Anlass eines Sachverhalts von der Formulierung der anwendungserheblichen Kriterien des Sachverhalts aus Anlass der Anwendung einer Norm. Was die so konkretisierte Sachverhaltsbeschreibung mit der konkretisierten Norm verknüpft ist nichts anderes, als eine Subsumtion im klassischen Sinne.¹⁴ Die Richtigkeit der Normkonkretisierung ist ebensowenig abhängig von der Richtigkeit der Sachverhaltsbeschreibung, aus deren Anlass sie erfolgt, wie die Richtigkeit der Beschreibung des Sachverhalts von der Richtigkeit der Normkonkretisierung, was sich schon darin zeigt, dass der Sachverhalt auch ein fiktiver sein kann.

Teildefinitionen oder Tipps für Kommentatoren und Rechtslehrer

Der Gesetzgeber bedient sich bei der Formulierung seiner Tatbestände mit der gleichen Unbefangenheit, mit der er disjunktive Definitionen verwendet, auch eines anderen Verfahrens der Begriffsbestimmung, dessen Wert in der Jurisprudenz noch nicht voll erkannt zu sein scheint: der partiellen Definition.¹⁵ So heißt es z. B. in § 211 zur Bestimmung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe: »... aus Mordlust zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier *oder sonst* aus niedrigen Beweggründen ...«. Hier haben wir eine Teildefinition des Begriffs niedrige Beweggründe vor uns. Die Vagheit des Begriffes niedrige Beweggründe wird hier dadurch reduziert, dass für bestimmte Sonderfälle hinreichende Bedingungen für die Erfüllung des Begriffes angegeben werden.¹⁶ Wir würden eine vollständige disjunktive Defi-

13 Vgl. dazu schon *Engisch* (Fn. 11), S. 27 f.

14 Vgl. *Engisch* (Fn. 11), S. 28.

15 Zu den einzelnen Formen von Teildefinitionen vgl. v. *Savingy* (Fn. 1) S. 143 ff.

16 Der Sache nach wird dieses Verfahren auch in der Dogmatik vielfach angewandt und erweist sich durchaus als fruchtbar. Z.B. *Roxins* Untersuchung über »Täterschaft und Tatherrschaft« (4. Aufl. 1984) liegt ein solches Programm der Aufstellung von Teildefinitionen zugrunde (vgl. dort S. 123 f.). Dass *Roxin* selbst nicht von Teildefinitionen spricht, sondern von einem »beschreibenden Verfahren« und dies als semantische Eigenschaft des Begriffs »Täterschaft« ansieht, beruht wiederum auf dem aristotelischen Definitionsbegriff (vgl. S. 123). In der Methode ähnlich verfährt *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1975, 14/6 ff., der die Be-

dition erhalten, wenn wir für alle möglichen Fälle solche hinreichenden Bedingungen aufzählen könnten. Dann wäre nämlich die Gesamtbedingung, also die Disjunktion eine hinreichende und notwendige Bedingung für die Erfüllung des Begriffs.

Das Bestreben nach einer vollständigen und im obigen Sinne einheitlichen, also nicht disjunktiven Begriffserklärung lenkt die Aufmerksamkeit von vornherein auf die Vagheiten des Begriffs, also nach landläufiger Terminologie den Begriffshof. Außerdem begeben wir uns dadurch der Möglichkeit, Teildefinitionen gesondert zu begründen. Ich kann zum Beispiel über den Begriff der funktionalen Tatherrschaft folgende selbständig begründbare Aussagen machen: Wenn ein zweiaktiges Delikt von zwei Beteiligten so erfüllt wird, dass der eine den einen, der andere den anderen gesetzlich beschriebenen Akt vornimmt, so haben beide funktionale Tatherrschaft. Oder: Führen mehrere Täter einen strafrechtlich relevanten Erfolg dergestalt herbei, dass jeder von ihnen das gleiche tut, so hat jeder von ihnen funktionale Tatherrschaft. Begründen kann ich diese Teildefinitionen mit der Erwägung, dass – sehen wir von Fällen des Irrtums über die Beteiligungsrolle einmal ab – der Fall einer Tat ohne Täter ausgeschlossen werden muss, also der Fall einer Tat, die nur von Gehilfen begangen wird.

Weiter kann man partielle Definitionen dazu einsetzen, unstrittige Fälle auszuzeichnen und damit die Relevanz eines dogmatischen Theorienstreites von vornherein zu begrenzen. In den Kommentaren wird von dieser Möglichkeit noch viel zu wenig Gebrauch gemacht. So kann ich z. B. über den Begriff des beendeten Versuchs folgende teildefinitische Aussagen machen: Ein Versuch ist immer dann beendet, wenn der Täter diejenigen Mittel zur Herbeiführung der Tat erschöpft hat, die ihm innerhalb einer natürlichen Handlungseinheit zur Verfügung stehen. Damit sind die Maximalanforderungen an den Begriff des beendeten Versuchs bezeichnet, die diejenige Theorie stellt, die den Begriff des unbeendeten Versuchs am weitesten fasst, nämlich die Theorie von der natürlichen Versuchseinheit. Ich kann weiterhin folgenden Satz aufstellen: Ein Versuch ist jedenfalls dann noch nicht beendet, wenn der Täter noch nicht so viel getan hat, wie er in irgendeinem Zeitpunkt des Handlungsablaufs vom Anfang der Ausführung bis zur Handlungsbeendigung für möglicherweise ausreichend für den Erfolgseintritt gehalten hat. Das ist eine andere Form der Teildefinition, die Angabe von hinreichenden Bedingungen dafür, dass der Begriff nicht erfüllt ist. Im vorliegenden Fall sind die Bedingungen derjenigen Theorie entnommen, die den Begriff des beende-

griffe der Teilnahmelehre »empirische Begriffe« nennt, »die sich nur phänomenologisch erfassen, nicht aber durch eigentliche Definitionen so bestimmen lassen, dass ein einzelnes unterscheidendes Moment maßgebend sein könnte« (14/7).

ten Versuchs am weitesten fasst, also am wenigsten Bedingungen verlangt, nämlich der Einzelaktstheorie.¹⁷

In der praktischen Rechtsanwendung führt dieses Verfahren zu gleichzeitig fallnäheren, präziseren, überzeugenderen und nicht zuletzt kürzeren Begründungen von Entscheidungen. Auch hierbei bewährt sich das vielbeschworene Hin-und-Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm und wird gleichzeitig als ein durchaus rationales und beschreibbares Verfahren zur Konkretisierung der Norm auf den Sachverhalt hin erklärt. Disjunktive Definitionen und Teildefinitionen haben aber auch einen hohen, bisher zu wenig erkannten didaktischen Wert. Indem wir die Aufmerksamkeit unserer Studenten von vornherein auf die vollständige und im oben beschriebenen Sinne einheitliche Bestimmung eines Begriffes lenken, tragen wir deren Vagheiten und die mit ihr verbundenen Streitigkeiten in jede Fallentscheidung hinein, auch wo sie letztlich nicht fallrelevant sind. Dabei geht das Verständnis dafür verloren, dass die Streitigkeiten, auch dann wenn die allgemeine Begriffsbestimmung ganz verschieden aussieht, nur Randzonen der Extension des Begriffes betreffen. Zum Glück für die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist der Streit um die richtige Bestimmung des Täterbegriffs nach der objektiven oder subjektiven Theorie bei weitem nicht in jedem praktischen Fall relevant. Und mögen die Definitionen des Begriffes des *dolus eventualis* auch noch so verschieden aussehen, indem sie beispielsweise besondere Willens- oder Gesinnungselemente enthalten oder nicht, so sind sich doch die Vertreter dieser verschiedenen Begriffsdefinitionen in der Anwendung dieses Begriffes in den meisten Fällen im Ergebnis einig. Der eigentliche Streit beschränkt sich auf die Grenzfälle, in denen der Täter den Erfolgseintritt weder für sehr wahrscheinlich, noch für sehr unwahrscheinlich hält. Tragen wir nicht zu einem Gutteil selbst Schuld an jenem oft beklagten Eifer, mit dem unsere Studenten nicht entscheidungsrelevante dogmatische Streitigkeiten ausbreiten, deren Vorhandensein sie fatalistisch hinnehmen und deren Entscheidung sie dann ohne wirkliches Problemverständnis und Interesse anhand von beliebig austauschbaren Allerweltstopoi treffen? Indem wir die angehenden Juristen ständig auf die allgemeinsten und daher vagsten, inhaltsärmsten und streitigsten Begriffsdefinitionen verweisen, die womöglich auswendig zu lernen, und unmittelbar auf den Fall anzuwenden sind, versäumen wir es, sie in jenem Hin-und-Herwandern des Blickes zu unter-

17 Näher dazu *Puppe*, NSTZ 1986, 14, insbesondere S. 18. Zu der zweiten Teildefinition ist klarzustellen, dass sie nur unter der Voraussetzung richtig ist, dass der Begriff des beendeten Versuchs nicht als Oberbegriff auch für den fehlgeschlagenen Versuch verstanden wird. Denn fehlgeschlagen kann der Versuch auch schon, bevor der Täter dieses Mindestprogramm abgewickelt hat. Das Mindestprogramm kann sich, wenn es aus mehreren Handlungen besteht, schon vor seiner vollständigen Durchführung als untauglich erweisen. Diese Konstellation hat die Einzelaktstheorie wohl noch nicht ausreichend bedacht.

richten und übertreiben die Bedeutung unserer Streitigkeiten manchmal bis ins Sinnlose. Das schult weder ihren Blick für das Wesentliche des Falles, noch ihre Urteilskraft und Selbständigkeit bei dessen Würdigung, noch wirkliches Verständnis für ein Rechtsproblem und den Sinn eines Theorienstreits.

Typusbegriffe oder vom abstrakten Ordnungsdenken und konkreten Trennungsdanken

»So unterscheidet sich der Typus auf der einen Seite vom abstrakten allgemein Begriff, der durch eine begrenzte Anzahl isolierter »Merkmale« »definiert« (begrenzt) . . . ist. Der Typus in seiner größeren Wirklichkeitsnähe, Anschaulichkeit und Gegenständlichkeit ist demgegenüber nicht definierbar, sondern nur »explizierbar«, er hat zwar einen festen Kern, aber keine festen Grenzen, so dass von den für einen Typus charakteristischen »Zügen« auch der eine oder andere fehlen kann, ohne dass damit die Typizität eines bestimmten Sachverhalts in Frage gestellt zu sein braucht.« Dies schreibt *Arthur Kaufmann* in seiner Abhandlung über »Analogie und Natur der Sache« zum Typusbegriff¹⁸ und an späterer Stelle: »...das Allgemeine wird in ihm (scilicet im Typusbegriff) anschaulich, »ganzheitlich« gefasst. Unter den Typus kann daher auch nicht wie unter den Begriff »subsumiert« werden, man kann ihm einen konkreten Sachverhalt vielmehr nur in höherem oder geringerem Grade »zuordnen«, »in Entsprechung bringen«. Beim Typus sind wir daher auch nicht mehr beim »exakten« formal-logischen Denken.«¹⁹

Danach ist der Typus undefinierbar, weil er keine festen Grenzen hat und weil er Merkmale »Züge« aufweist, die nicht in jedem Fall notwendig sind. Nach dem, was wir bereits anhand disjunktiver Definitionen gesehen haben, ist jedenfalls das letztere kein Grund, die Definierbarkeit des Typusbegriffs auszuschließen. Auch die disjunktiven Definitionen und Teildefinitionen enthalten Merkmale, die nicht unverzichtbar sind.²⁰ Auch bei Typusbegriffen könnten einzelne Merkmale disjunktiv verknüpft werden, und es gibt, wie wir noch sehen werden, noch eine weitere Verknüpfungsmöglichkeit speziell für Typusmerkmale, die ebenfalls dazu führt, dass bestimmte Merkmale in einer Anwendung des Begriffs vorkommen und in einer anderen nicht.

Die Tatsache, dass ein Begriff keine festen Grenzen hat, also mehr oder weniger vage ist, schließt seine Definierbarkeit nur dann aus, wenn man von einer Definition verlangt, nicht vage zu sein. In den exakten Wissenschaften spricht man von einem wohl definierten Begriff allerdings nur dann, wenn die Definition präzise und eindeutig ist, wenn es also keine Gegenstände gibt,

18 *Arthur Kaufmann* (Fn. 12), S. 47.

19 *Arthur Kaufmann* (Fn. 12), S. 48.

20 Kritisch zur These von der Undefinierbarkeit von Typusbegriffen *Kuhlen* (Fn. 7), S. 120 ff. und *Koch/Rüßmann* (Fn. 7), S. 77 ff.; *Kindhäuser*, Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe, in: *Rechtstheorie* 12 (1981), S. 226 (244 ff.).

über die nicht eindeutig entschieden werden kann, ob sie dem Begriff unterfallen oder nicht. Aber diese Wissenschaften arbeiten von vornherein mit präzisen Begriffen. Sie stellen nicht nur für Definitionen, sondern überhaupt für Begriffe die Forderung auf, in diesem Sinne eindeutig zu sein. Diese Anforderung an Begriffe ist als generelle, zumal für die Begriffe der Alltagssprache, aufgegeben. Es hat danach keinen Sinn, sie für Definitionen generell aufrechtzuerhalten. Gibt man aber zu, dass auch Definitionen vage sein können, so steht die Vagheit eines Begriffes seiner Definierbarkeit nicht mehr entgegen.

Eine weitere Besonderheit des Typusbegriffs soll sein, dass man Sachverhalte nicht unter ihn subsumieren, sondern nur »in höherem oder geringerem Grade zuordnen, in Entsprechung bringen« können soll. Es stellt sich danach die Frage, wie das Verhältnis zwischen Begriff und Gegenstand bei Typusbegriffen eigentlich aussieht und ob es wirklich ein anderes ist als bei Klassenbegriffen. Die moderne Lehre vom Typus in der Rechtstheorie geht aus von der Untersuchung von *Hempel* und *Oppenheim*,²¹ die *Radbruch* in die Rechtstheorie eingeführt hat.²² Und hier liegen auch die Wurzeln für die in der heutigen Rechtstheorie verbreitete Vorstellung, dass das Verhältnis zwischen Begriff und Gegenstand bei der Anwendung von Typusbegriffen ein grundlegend anderes sei, als bei der Anwendung von Klassenbegriffen. *Hempel* und *Oppenheim* erklären den Typusbegriff als Ordnungsbegriff, d. h. als Festlegung einer zweistelligen Ordnungsrelation, mit deren Hilfe die Individuen eines bestimmten Feldes in eine Reihenordnung (Quasi-Reihe) gebracht werden können. So kann man beispielsweise alle körperlichen Gegenstände mit Hilfe von zwei Relationsbegriffen ordnen: schwerer als und genauso schwer wie. Ebenso kann man Mineralien nach ihrer Härte ordnen mit Hilfe der zwei Relationsbegriffe: härter als und genauso hart wie. *Hempel* und *Oppenheim* definieren nun diese Begriffe dadurch, dass sie Anweisungen geben, wie man die Stellung eines Gegenstandes zu einem anderen in dieser Ordnung ermitteln kann. So wird der Begriff: schwerer als nicht definiert als irgendeine Qualität der jeweiligen Gegenstände, sondern durch die Anweisung, sie auf eine Waage zu legen, um festzustellen, ob einer den anderen überwiegt oder beide die Waage im Gleichgewicht halten.²³ Ähnlich wird der Begriff härter bezogen auf Mineralien dadurch definiert, dass man das weniger harte Mineral mit dem härteren ritzen könne.²⁴ Die Ordnungsbegriffe, beispielsweise härter als oder schwerer als, werden gleichgesetzt mit der

21 *Hempel/Oppenheim*, *Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik*, 1936.

22 *Radbruch*, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, in: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1938, S. 46 ff.

23 *Hempel/Oppenheim* (Fn. 21), S. 41.

24 *Hempel/Oppenheim* (Fn. 21), S. 81.

Ordnung von Gegenständen, die man mit ihrer Hilfe aufstellen kann.²⁵ Diese Ordnung ist in den Beispielen eindeutig. Dadurch wird der Eindruck vermittelt, Ordnungsbegriffe könnten im Gegensatz zu Klassenbegriffen nicht vage sein, und sie hätten auch keine Intension, sie gestatteten also einen unmittelbaren Zugriff auf das Individuum ohne begriffliche Abstraktion.²⁶ Unterstützt wird dieser Eindruck noch dadurch, dass *Hempel* und *Oppenheim* entschieden darauf bestehen, dass Ordnungsbegriffe nichts mit gleichnamigen Klassenbegriffen gemein hätten, und dass aus Ordnungsbegriffen keine Klassenbegriffe ableitbar seien.²⁷

Dieser Antagonismus von Klassen- und Ordnungsbegriffen hat sich in der Sprachphilosophie nicht durchgesetzt,²⁸ aber von den Juristen wurde er mit Eifer aufgegriffen und mit großen Hoffnungen auf die Lösung grundsätzlicher Probleme der Rechtsanwendung verknüpft.²⁹ Dass mit einem Ordnungsbegriff nicht notwendig eine Ordnung mitgegeben ist, erkennt man leicht, sobald man sich weniger präzise definierbaren Ordnungsbegriffen zuwendet. Über die Frage, welcher von zwei Gegenständen der schwerere ist, wird, abgesehen von minimalen Gewichtsunterschieden, bei denen unsere Meßmethoden versagen, kaum Streit entstehen. Anders ist das aber bei der Frage, welches von zwei Bildern schöner ist oder welche von zwei Straftaten schlimmer ist. Analysiert man einen Ordnungsbegriff nach den Methoden der allgemeinen Semantik, so ergibt sich als seine Extension nicht etwa die fertig aufgestellte Ordnung, sondern die Menge der geordneten Paare der zweigliedrigen Relation.³⁰ Seine Intension ist eben die Eigenschaft, das Kriterium, nach dem diese Paare geordnet sind. Die Anwendung solcher Ordnungskriterien ist genau in dem gleichen Sinne eine Abstraktion wie die von Klassenkennzeichen. Aus einer Ordnungsrelation können leicht Klassenbegriffe abgeleitet werden, dadurch, dass man eine der beiden Variablen durch eine Konstante ausfüllt, beispielsweise größer als X, härter als Y, schöner als Z.

25 *Hempel/Oppenheim* (Fn. 21), S. 31; kritisch dazu *Kuhlen* (Fn. 7), S. 51.

26 Die einzigen Aussagen mit Hilfe von Ordnungsbegriffen, die *Hempel* und *Oppenheim* überhaupt zulassen, sind nämlich Aussagen über die Stellung eines Individuums in der Ordnung zu einem anderen (siehe S. 80).

27 Vgl. *Hempel/Oppenheim* (Fn. 21), S. 39 ff. und S. 81.

28 Vgl. *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl., 1975, S. 200; v. *Savingy*, S. 95; *Weinberger*, Rechtslogik, 1979, S. 168. Kritisch zu diesem Antagonismus auch *Kuhlen* (Fn. 7), S. 48 ff. und *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 84 ff.

29 Vgl. *Radbruch* (Fn. 22), S. 51 und *Hassemer*, Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens, in: GS-Radbruch, 1968, S. 281 ff., insbesondere S. 285, sowie die zu Beginn dieses Kapitels angeführten Zitate von *Arthur Kaufmann*.

30 Vgl. *Kutschera* (Fn. 28), S. 66, *Weinberger* (Fn. 28), S. 168.

Es ist also nach alledem eine Illusion zu glauben, wir könnten uns durch ein »konkretes Ordnungsdenken« von der Notwendigkeit von Abstraktionen befreien und den Antagonismus zwischen Begriff und Gegenstand überbrücken. Damit ist aber noch nicht endgültig über einen weiteren Vorzug entschieden, den man den Ordnungs- oder Typusbegriffen gerade in der Jurisprudenz nachsagt. Sie sollen uns in die Lage versetzen, den fließenden Übergängen besser gerecht zu werden, auf die wir in der Rechtsanwendung so oft stoßen.³¹

Klar ist zunächst, dass wir mit Hilfe von Ordnungsbegriffen fließende Übergänge besser beschreiben können, als mit Hilfe von bei dieser Anwendung vagen qualitativen Begriffen. D. h. wir können über steigerungsfähige Eigenschaften eines Gegenstandes, mit Hilfe von Ordnungsbegriffen wie größer als, schwerer als, präzisere Aussagen machen, als mit Hilfe von nur qualitativen Begriffen wie ziemlich groß oder ziemlich schwer. Was aber können wir mit solchen vergleichenden Aussagen anfangen. *Hempel* und *Oppenheim* sehen ihren Wert vor allen Dingen darin, dass man mit ihrer Hilfe komparative Gesetze aufstellen kann, nach dem Muster je mehr . . . desto mehr oder je mehr . . . desto weniger.³² Schon *Radbruch* hat eindringlich darauf hingewiesen, dass wir solche komparativen Gesetze in der Jurisprudenz selten unmittelbar anwenden können, etwa bei der Strafzumessung oder bei der Bemessung der Quoten eines auf mehrere Mitschuldige oder Mithaftende zu verteilenden Schadens. Der Jurist steht normalerweise nicht vor der Frage, ob etwas mehr oder weniger so und so ist, sondern vor der, ob es so ist oder nicht. Deswegen ist er genötigt, wie es *Radbruch* ausdrückt, in die fließenden Übergänge des Lebens scharfe Schnitte zu legen.³³ Dass die Juristen qualitative Begriffe, auch wenn sie vage sind, den komparativen Begriffen weitgehend vorziehen, liegt also nicht an ihrem Verhaftetsein in einem altmodischen abstrakten Trennungsdenken, sondern an den Notwendigkeiten ihrer Disziplin. So ist es kein Wunder, dass die in der Rechtstheorie entwickelten Typuskonzeptionen nicht wie die von *Hempel* und *Oppenheim* zu Ordnungsbegriffen führen, sondern zu (unscharfen) Klassenbegriffen.³⁴

Wie aber sollen nach diesem Befund, dass der Jurist nur selten im Sinne eines Mehr oder Weniger und in der Regel im Sinne eines Ja oder Nein zu entscheiden hat, komparative Begriffe und komparative Sätze ihm gleichwohl dazu verhelfen, den fließenden Übergängen des Lebens besser gerecht zu werden? Es ist nur dadurch möglich, dass aus komparativen Begriffen wieder qualitative abgeleitet werden.

31 Vgl. *Radbruch*, (Fn. 29), S. 46 ff.; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1968, S. 244.

32 *Hempel/Oppenheim* (Fn. 21), S. 69 ff.

33 *Radbruch* (Fn. 22), S. 49 f.

34 Vgl. *Kuhlen* (Fn. 7), S. 76 ff.

Die einfachste Form dieser Ableitung von Klassenbegriffen aus Ordnungsbegriffen haben wir bereits kennen gelernt: die Ausfüllung einer der Variablen der zweistelligen Relation durch eine Konstante. Die abstufbare Eigenschaft dieser Konstanten, oder, wenn man so will, ihre Stellung in der Ordnung, markiert dann einen Mindestgrad, der Voraussetzung für die Annahme eines qualitativen Begriffs ist. Dieser qualitative Begriff ist in sich wieder abstufbar. Daraus lassen sich also Subsumtionsaussagen nicht nur für die Fälle gewinnen, in denen das betreffende Merkmal in genau dieser Mindeststärke gegeben ist, sondern nach dem Muster des *argumentum a minore ad maius* auch für die, in denen es in stärkerem Maß gegeben ist.³⁵ Hat man so einen absoluten Mindestgrad festgesetzt, so erhält man eine vollständige Definition des aus dem abstufbaren Begriff abgeleiteten qualitativen Begriffs. Aber es ist für die Anwendung auf einen Einzelfall nicht unbedingt notwendig, sich auf einen solchen Mindestgrad festzulegen. Ist der abstufbare Begriff im konkreten Falle in einem höheren Grade gegeben, so genügt es, festzulegen, dass dieser höhere Grad jedenfalls für die Erfüllung des qualitativen Begriffs genügt. Man erhält so eine hinreichende Bedingung, also eine Teildefinition des qualitativen Begriffs. Das setzt freilich voraus, dass man sich bei der Anwendung dieses Begriffes der Tatsache bewusst ist, dass er aus einem abstufbaren Begriff gewonnen und in sich wieder abstufbar ist.

Nehmen wir als Beispiel den Begriff der funktionalen Tatherrschaft im Sinne *Roxins*. Dieser Begriff erscheint zunächst als rein qualitativ und nicht abstufbar. *Roxin* gibt folgende Teildefinition: »Danach ist zunächst jeder Beteiligte Mittäter, dessen Beitrag im Ausführungsstadium eine unerlässliche Voraussetzung für die Verwirklichung des angestrebten Erfolges bildet.«³⁶ Nun gibt *Roxin* aber zu, dass unverzichtbar und unersetzbar kaum ein Tatbeitrag sein kann,³⁷ ein Tatbeitrag ist also immer nur mehr oder weniger schwer ersetzbar oder entbehrlich. Man könnte nun versuchen, den qualitativen Charakter des Begriffs funktionale Tatherrschaft dadurch aufrechtzuerhalten, dass man allgemeine Kriterien darüber angibt, wann der Austausch eines Tatbeitrags durch einen anderen oder auch der Verzicht auf diesen bei der Tatausführung den Tatplan derart tief greifend verändert, dass er im Rechtsinne ein anderer wird. Das wird angesichts der Vielfalt von Tatplänen schwerlich möglich sein. Es empfiehlt sich also zunächst einen komparativen Begriff und ein komparatives Gesetz dahin aufzustellen, dass ein Beteiligter um so eher Tatherrschaft hat, je schwerer sein Beitrag im Ausführungsstadium zu ersetzen oder zu entbehren ist. Damit haben wir den qualitativen Begriff der funktionalen Tatherrschaft noch nicht bestimmt, aber wir können ihn

35 *Otte*, *Komparative Sätze im Recht*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd. 2 (1972), 301 ff., insbesondere S. 313 f.

36 *Roxin* (Fn. 16), S. 280.

37 *Roxin* (Fn. 16), S. 283.

dadurch bestimmen, dass wir Grenzwerte für seine Erfüllung angeben. Wir können Aussagen machen wie: Die Wichtigkeit des Tatbeitrags des Beteiligten X bei der Ausführung der Tat Y hat aus den und den Gründen jedenfalls schon einen solchen Grad erreicht, dass X funktionale Tatherrschaft hatte; oder die Wichtigkeit des Beteiligten X bei der Ausführung der Tat Y hat jedenfalls noch nicht einen solchen Grad erreicht, dass X funktionale Tatherrschaft hat. Aus solchen Aussagen lassen sich Folgerungen nicht nur für die Fälle ziehen, die gleich gelagert sind; aus der ersten Aussage lassen sich Folgerungen auch für die Fälle ziehen, in denen der Grad der »Wichtigkeit« höher ist, aus der zweiten auch für die Fälle, in denen er niedriger ist als im jeweiligen Ausgangsfall.³⁸ Man könnte den Begriff auch dadurch näher erläutern, dass man beispielhaft eine Ordnung von möglichen oder fiktiven Einzelfällen nach dem Kriterium der mehr oder weniger leichten Ersetzbarkeit oder Verzichtbarkeit der Tatbeiträge aufstellt. Man könnte dann innerhalb dieser beispielhaften Ordnung, wenn nicht feste Grenzen ziehen, so doch Fälle auszeichnen, in denen der Grad der Tatherrschaft für Täterschaft eindeutig ausreicht oder eindeutig nicht ausreicht. All dieser Möglichkeiten begibt man sich dadurch, dass man den Begriff der funktionalen Tatherrschaft von vornherein als einheitlichen qualitativen Begriff versteht, der einem Tatbeitrag nur zukommen oder nicht zukommen, nicht aber mehr oder weniger zukommen kann.

Bisher hat sich noch keine Notwendigkeit gezeigt, eine besondere Begriffsform des Typusbegriffs einzuführen. Ausdrücke wie komparativer Begriff, abstufbarer Begriff, Ordnungsbegriff kennzeichnen die Begriffsform, mit der wir uns bisher beschäftigt haben viel klarer. Als Typusbegriffe sollte man nur solche Begriffe bezeichnen, die mehrere Merkmale haben, von denen mindestens eines abstufbar ist. Im Rahmen solcher komplexerer Begriffsstrukturen können komparative Gesetze eine neue Bedeutung gewinnen. Bisher war ja das komparative Gesetz für uns nur eine Vorstufe zur Entwicklung eines qualitativen in sich abstufbaren Begriffes. Mit der Aussage der Form »je mehr ... desto mehr« oder »je mehr ... desto eher« konnten wir unmittelbar noch nichts anfangen. *Otte* hat analysiert, was der Ausdruck »desto eher« bei der Anwendung eines komparativen Gesetzes zur Gewinnung von qualitativen Aussagen bedeuten könnte. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass er eine induktive (nicht statistische) Wahrscheinlichkeit bedeuten könnte, also einen Grad der Bestätigung oder Begründung für die Erfüllung des Begriffs.³⁹ Kommen in einer Begriffsbestimmung mehrere abstufbare Merkmale vor oder auch ein abstufbares Merkmal und mehrere qualitative nicht notwendige Merkmale, so kann man weiter präzisieren, was unter diesem Bestätigungsgrad zu verstehen ist. Man kann dann nämlich in aller Regel

³⁸ Allgemein dazu *Otte* (Fn. 35), S. 314.

³⁹ *Otte* (Fn. 35), S. 305 f.

folgendes komparatives Gesetz aufstellen: In je höherem Grade ein abstufbares Begriffsmerkmal erfüllt ist, in desto geringerem Grade braucht ein anderes erfüllt zu sein oder desto weniger von den nicht notwendigen Merkmalen müssen erfüllt sein. Man kann also abstufbare Begriffsmerkmale mit anderen abstufbaren oder auch mit nicht notwendigen rein qualitativen Begriffsmerkmalen in einer Weise verknüpfen, in der man die qualitativen Begriffsmerkmale allein nicht miteinander verknüpfen kann. Hier lässt sich wieder das Phänomen beobachten, das wir bereits als Vorteil disjunktiver Definitionen kennen gelernt haben: Die Vagheit eines Begriffes lässt sich reduzieren durch Einführung weiterer vager Merkmale, wenn die vagen Merkmale nicht durch Konjunktion miteinander verknüpft sind.

Machen wir uns das am Beispiel des Begriffes des *dolus eventualis* klar. Unser Ausgangspunkt soll der abstufbare Begriff der Möglichkeitsvorstellung sein. Der Täter kann sich bei Ausführung seiner Tat den Erfolgseintritt als mehr oder weniger möglich vorstellen und diese Skala reicht von der Vorstellung annähernder Gewissheit bis zu den geringsten Wahrscheinlichkeitsgraden. Die sog. Wahrscheinlichkeitstheorie des *dolus eventualis* hat den Vorteil eines einheitlichen Begriffes im oben dargestellten Sinne, aber sie hat den Nachteil, dass eine Grenze innerhalb dieses fließenden Übergangs nicht ohne Willkür zu ziehen ist. Es werden nun verschiedene weitere Begriffsmerkmale des *dolus eventualis* vorgeschlagen, die ihrerseits wieder abstufbar sind, z. B. die mehr oder weniger positive Einstellung des Täters zum Erfolgseintritt (Willens-Billigungstheorie)⁴⁰ oder die mehr oder weniger starke Präsenz der Erfolgsvorstellung im Bewusstsein des Täters im Moment seiner Handlung (Vorstellungstheorie).⁴¹ Wir können nun folgende komparativen Gesetze aufstellen: Je größer die Erfolgswahrscheinlichkeit nach der Vorstellung des Täters war, desto geringer muss sein Grad an Einverständnis mit dem Erfolg sein, um *dolus eventualis* anzunehmen oder umgekehrt, je geringer die vorgestellte Wahrscheinlichkeit war, desto stärker muss der Täter sich innerlich mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts identifiziert haben, damit *dolus eventualis* gegeben ist. Oder auch: Je höher die vorgestellte Wahrscheinlichkeit war, desto geringer sind die Anforderungen an die Präsenz der Erfolgsvorstellung im Moment der Handlung und je geringer die Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung des Täters war, desto höher sind die Anforderungen an die Präsenz der Vorstellung. Durch die Einführung dieses zusätzlichen abstufbaren Kriteriums wird die Vagheit des ursprünglichen

40 Besonders deutlich z. B. *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1964, Nachdruck der Ausgabe von 1930, S. 186 ff. und BGH b. *Dallinger*, MDR 1952, 16; vgl. auch RGSt 67, 425 und *Baumann/Weber*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 1985, S. 400 ff.

41 Besonders deutlich z. B.: *Stratenwerth*, Strafrecht AT L, 3. Aufl., 1981, Rn. 308; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 10/88 ff.

Kriteriums der Wahrscheinlichkeitsvorstellung reduziert. Denn unter den Fällen, die in Bezug auf das Kriterium der Wahrscheinlichkeitsvorstellung im zweifelhaften Bereich liegen, werden diejenigen unzweifelhaft, bei denen das andere Kriterium in einem solchen Maße gegeben ist, dass es diesen Mangel eindeutig aufwiegt. Dieser Effekt ist vielleicht ein entscheidender Grund dafür, dass sich die Wahrscheinlichkeitstheorie trotz ihrer Reinheit (Einheitlichkeit des Begriffs) und ihrer Freiheit von Gesinnungselementen nicht durchsetzen konnte.⁴²

Heute vertrete ich diesen Typusbegriff des Vorsatzes nicht mehr, weil ich zu der Überzeugung gelangt bin, dass es für das subjektive Unrecht der Tat überhaupt nicht darauf ankommt, welche gefühlsmäßige Einstellung der Täter zu der von ihm erkannten Gefahr einer Erfolgsverursachung während der Tat bezieht. Erstens weil der Inhalt dieses Einstellungselements weder in einem qualitativen noch in einem komparativen Sinne einigermaßen klar ist, zweitens weil er das beim dolus directus wie beim dolus eventualis fehlende Willenselement nicht ersetzen kann. Es liegt in der Konsequenz der Anerkennung des sog. dolus directus 2. Grades, besser bezeichnet als dolus indirectus, auf ein, wie auch immer bestimmtes Surrogat für den gänzlich fehlenden Willen zu verzichten. Immerhin wäre der oben dargestellte Typusbegriff des Vorsatzes der h.L. deshalb vorzuziehen, weil er der Größe der vom Täter angenommenen Gefahr überhaupt Einfluss auf die Vorsatzbestimmung zuerkennt. Nach der h.L. ist für Vorsatz stets nur ein ziemlich geringer Grad der Gefährdung erforderlich. Der Täter darf die Erfolgsverursachung nicht für »ganz fernliegend« halten. Tut er dies, so hängt der Unterschied zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit nur noch von jener gefühlsmäßigen Einstellung des Täters zum Erfolgseintritt ab. Entgegen einer in der neueren Literatur vertretenen Meinung ist also der Vorsatzbegriff der h.L. kein Typusbegriff.

Ein solches Zusammenspiel zwischen komparativen Gesetzen zur Reduktion von Vagheit kann auch dann entstehen, wenn in der Begriffsbestimmung nur ein abstufbares Merkmal vorkommt, aber in Verbindung mit mehreren anderen Merkmalen, die nicht notwendig sind, über die sich aber das folgende komparative Gesetz aufstellen lässt: Je mehr von diesen Merkmalen gegeben sind, desto eher ist der Begriff erfüllt. Dann können wir ein zweites komparatives Gesetz aufstellen: In je stärkerer Intensität das komparative Begriffsmerkmal vorliegt, desto weniger von den anderen (verzichtbaren) Merkmalen müssen vorliegen.

Nehmen wir als Beispiel wieder die funktionale Tatherrschaft. Man kann das abstufbare Kriterium der Wichtigkeit des Tatbeitrags um ein verzichtbares Merkmal der Nichtunterordnung ergänzen, das als rein qualitativ (nicht

⁴² Schönke/Schröder-Cramer § 15 Rn. 76; Roxin, JuS 1964, 53 (60); Jescheck AT § 29 III 3 d aa, S. 242; Wessels AT § 7 II 3, S. 64; Herzberg, JuS 1986, 249 (251).

abstufbares) verstanden werden soll.⁴³ Man kann nun folgende Regel aufstellen: Je wichtiger der Tatbeitrag, desto eher liegt trotz Unterordnung funktionale Tatherrschaft vor. Das Unterordnungskriterium hat dann nur die Funktion, einen Teil der Grenzfälle des Wichtigkeitskriteriums eindeutig entscheidbar zu machen, allerdings um den Preis der Einheitlichkeit des Begriffes.⁴⁴ Damit haben wir eine logische Form, ein verzichtbares Merkmal einzuführen, ohne dass es überflüssig ist.⁴⁵

Mit der Anwendung dieser Form der Verknüpfung von Begriffsmerkmalen haben wir uns allerdings um einen weiteren und zwar entscheidenden Schritt vom Ideal der aristotelischen Definitionsform entfernt. Ein Ideal ist diese Definitionsform, wie gezeigt, nicht für die allgemeine Definitionslehre, wohl aber für die Jurisprudenz, weil nur diese Definitionsform die Gleichheit der Gegenstände explizit angibt, mit der wir die Anwendung der betreffenden Norm auf sie begründen können. Bei der disjunktiven Verknüpfung von Begriffsmerkmalen ist es immer noch möglich, die Gemeinsamkeit der Begriffsmerkmale anzugeben, die uns berechtigt, das eine durch das andere zu ersetzen. Teildefinitionen sind Teile einer solchen disjunktiven Verknüpfung. Wir können also versuchen, sie zu einer vollständigen disjunktiven Definition zu ergänzen und, selbst wenn wir dies nicht tun, jene Gemeinsamkeit für sie anzugeben, die ihre maßgebliche Gleichheit darstellt. Man kann natürlich auch einem Typusbegriff eine einheitliche Bezeichnung geben, beispielsweise »Entscheidung für die Rechtsgutsverletzung« für den Typus des *dolus eventualis*⁴⁶ oder »Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens« für den Typus des Täters,⁴⁷ und wenn man nicht bestreitet, dass diese Ausdrücke wie

43 Einige neuere sog. »gemischte« Täterlehren lassen sich vielleicht in dieser Weise präzisieren, etwa *Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, FS für Bockelmann, 1979, S. 389 ff., insbesondere S. 400 ff.; *ders.* in: Schönte/Schröder, Vor § 25, Rn. 82; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 1975, 14/157 und 2. Aufl. 1984, 10/66, der allerdings noch zahlreiche weitere Kriterien anführt.

44 *Roxin* (Fn. 16) hält die Einführung eines solchen subjektiven Zusatzkriteriums in die Tatherrschaftslehre für ausgeschlossen, weil es bei verschiedenen Beteiligten, die beide Tatherrschaft haben, nur entweder immer oder nie auf dieses Kriterium ankommen könne (vgl. S. 279 und S. 616). Er fasst damit das Wichtigkeitskriterium als qualitativen, nicht abstufbaren Begriff auf, womit die Einführung eines nicht immer notwendigen Zusatzkriteriums allerdings ebenso unmöglich wie überflüssig wird, siehe dazu Fn. 45.

45 Der Weg, den *Herberger/Simon* (Fn. 1), S. 338, zur Einbeziehung verzichtbarer Merkmale in eine Typusdefinition gehen wollen, ist ungangbar. Sie schlagen die folgende Definitionsform vor: $A \leftarrow B \vee (B C)$, wobei C das verzichtbare Merkmal darstellt (vgl. S. 338). Hier ist das Merkmal C nicht nur manchmal verzichtbar, sondern immer, also überflüssig. Es trägt entgegen *Herberger/Simon* zur Begriffsbestimmung nichts bei.

46 Z.B. *SK-Rudolphi*, § 16, Rn. 39; *Roxin*, JuS 1964, 53 (58 f.).

47 *Roxin*, (Fn. 16), S. 25.

die ursprünglichen Bezeichnungen »dolus eventualis« und »Täter« überhaupt eine Bedeutung haben, so mag man diese Bezeichnungen als die Angabe der maßgeblichen Gleichheit anerkennen. Trotzdem sind sie nicht viel mehr als ein Name.⁴⁸ Zur unmittelbaren Anwendung auf den Einzelfall eignen sie sich noch weniger, als die vagen Begriffe, die wir bisher als Bezeichnung der maßgeblichen Gleichheit bei disjunktiven Definitionen und Teildefinitionen kennen gelernt haben. Das liegt daran, dass der Informationsverlust hier nicht nur darin besteht, dass mehrere präzisere Begriffe durch einen vageren ersetzt werden, entscheidend ist vielmehr, dass die Darstellung der spezifischen Verknüpfung der Begriffselemente des Typusbegriffs durch komparative Gesetze verloren geht. Dieser Verlust ist deshalb entscheidend, weil beim Typusbegriff diese Verknüpfung in jedem Einzelfall angewandt wird, während bei disjunktiven Definitionen im Einzelfall nur unter das eine oder das andere der disjunktiv verknüpften Merkmale zu subsumieren ist, so dass das jeweilige Merkmal durch den übergeordneten vagen Begriff ersetzt werden kann.

Geht man also vom Ideal der aristotelischen Definition aus, so hat es schon einen guten Sinn zu behaupten, Typusbegriffe seien nicht definierbar, man könne ihnen nur Namen geben und sie näher beschreiben.⁴⁹ Das bedeutet indessen nicht, dass man über Typusbegriffe keine allgemein abstrakten Aussagen machen kann, die geeignet sind, ihre Anwendung im Einzelfall als Subsumtion unter »abstrakte« Begriffe darzustellen.

Es hat sich gezeigt, dass es durchaus seinen guten und spezifisch juristischen Grund hat, dass die Juristen die aristotelische Form der Definition favorisieren, also den im oben dargestellten Sinne einheitlichen Begriff anstreben, der nur aus einer Reihe von notwendigen Merkmalen besteht. Allerdings ist dieses Begriffsideal nicht immer zu erreichen, und auch wo es erreichbar ist, begeben wir uns einer Reihe von Vorteilen, wenn wir uns auf diese Form theoretischer Aussagen über Begriffsinhalte beschränken. Sie bestehen vor allem in einer Reduktion von Vagheiten und Streitigkeiten bei der Anwendung der Begriffe auf bestimmte Einzelfälle und in einer klareren und bewussteren Orientierung der Begriffsbildung auf den Einzelfall hin. Der alte Satz »definitio fit per genus proximum et differentias specificas« hat dem begrifflichen Denken Jahrhunderte lang Fesseln angelegt, die Wissenschaftstheorie und auch die Rechtstheorie hat diese Fesseln inzwischen abgestreift. Es wird Zeit, dass sich auch die Rechtsdogmatik und die Rechtsanwendung von ihnen befreit.

⁴⁸ Vgl. dazu *Arthur Kaufmann*, (Fn. 12), S. 39.

⁴⁹ *Arthur Kaufmann* (Fn. 12), S. 37 und S. 39; *Larenz*, *Methodenlehre*, 5. Aufl., 1983, S. 209.

Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht (ZStW 92 (1980), 863–911)

»Alles, was geschieht (anhebt zu sein),
setzt etwas voraus,
worauf es nach einer Regel folgt.«

Immanuel Kant
Kritik der reinen Vernunft, A 189

Einleitung

Gerade im Bereich der Kausalität, dieser ersten und anscheinend eindeutigen Stufe der objektiven Zurechnung, stoßen wir auf die Erscheinung, dass wir auf Antrieb ein sehr sicheres intuitives Urteil haben, das dem Ergebnis widerspricht, zu dem die allgemein anerkannten Bestimmungen von Ursächlichkeit und Erfolg führen.

Hierher gehört z. B. der Scharfrichterfall: Der Vater des Opfers stößt bei der Hinrichtung des Mörders den Scharfrichter zur Seite und löst die Falltür selbst aus. Intuitiv erkennen wir, dass der Vater für den Tod des Mörders kausal war und nicht der Scharfrichter, aber nach der Formel von der notwendigen Bedingung fällt es schwer, dies darzutun, weil ohne das Eingreifen des Vaters der Scharfrichter, vielleicht im gleichen Augenblick, jedenfalls auf die gleiche Weise den Tod des Delinquenten herbeigeführt hätte. Wer die Sache herstellt, die später ein anderer zerstört, setzt eine notwendige Bedingung für die Erfüllung des § 303, aber niemand ist bereit, ihm in einem noch so vorläufigen Sinne eine Sachbeschädigung zuzurechnen.

Oder: Wenn beide verfügbaren Gleise von einem Erdbeben verschüttet sind und der Weichensteller, aus welchem Grund auch immer, den heranbrausenden Zug von dem einen Gleis auf das andere umlenkt, lehnen wir seine Kausalität für den Tod von Zuginsassen intuitiv ab. Aber die h. L. kommt trotzdem zunächst zu einem Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Erfolg, weil nach der Verursachung des Erfolges in seiner ganz konkreten Gestalt gefragt wird. Aus demselben Grund ist derjenige, der einen Schlag abschwächt, nach h. L. kausal für den Körperverletzungserfolg, obwohl es jedermann sofort als absurd erscheint, ihn auch nur objektiv als Körperverletzer zu betrachten. Gleiches gilt für den, der den Körperverletzer oder den Räuber von der geplanten Benutzung einer Waffe abbringt. Dies sind nur einige Beispiele für Ergebnisse der üblichen Methode der Kausalitätsfeststellung, über deren Sachwidrigkeit man sich einig ist.

Nun sind das meistens recht lebensfremde Kathederfälle, und auch diejenigen, die nicht so unwahrscheinlich sind, werden kaum den Gerichten vorgelegt werden, weil eben wegen der Sicherheit des intuitiven Urteils gegen solche »Verursacher« erst gar nicht ermittelt werden dürfte.

Trotzdem sollte man es nicht als bloßes Zeichen von Weltfremdheit und eitler Freude an dogmatischem Glasperlenspiel abtun, wenn diese Fallkonstellationen nicht aufhören, den Strafrechtstheoretikern zuzusetzen. Gerade die Absurdität der Ergebnisse, die in späteren Stadien des Verbrechenaufbaus, wenn überhaupt, nur unter Anwendung unbestimmter Korrektivkriterien wie Sozialadäquanz oder so schweren Geschützes wie des übergesetzlichen Notstandes neutralisiert werden können, macht stutzig. Sie zeigt, dass in unseren Bestimmungen des Kausalzusammenhangs zwischen Täter und Erfolg noch immer grundlegende Fehler stecken müssen. Noch mehr beunruhigen sollte aber die Einmütigkeit und Sicherheit, mit der bei Juristen wie bei Laien das intuitive Urteil über die Erfolgszurechnung bei diesen Konstellationen fällt, wobei dieses Urteil meist auch als Feststellung über nichts anderes als den Ursachenzusammenhang gemeint ist. Denn das deutet darauf hin, dass hier mehr oder weniger bewusst andere und plausible Regeln zur Bestimmung der Kausalität angewandt werden. Es scheint der Strafrechtsdogmatik trotz langem Bemühen immer noch nicht gelungen, diese Regeln richtig und vollständig zu formulieren.

Es soll der Versuch gemacht werden, hier ein Stück weiter zu kommen. Die Tendenz der folgenden Überlegungen ist also nicht, neue Ergebnisse vorzuschlagen und zu begründen, sondern die Regeln für die Feststellung der Kausalität eines Verhaltens für einen strafrechtlich relevanten Erfolg so zu formulieren, dass sie jenen intuitiven Urteilen möglichst entsprechen. Wir können uns dabei der Ergebnisse der Wissenschaftstheorie bedienen, die Probleme der Kausalität vor allem unter dem Blickwinkel der Theorie der Naturwissenschaften untersucht, aber wir können nicht erwarten, dass sie uns fertige Lösungen gerade für unsere Probleme bietet. Das Problem der Kausalität stellt sich für den Juristen anders als für den Physiker oder Astronomen, und Entsprechendes gilt für den naturwissenschaftlich orientierten Wissenschaftstheoretiker. Für den Physiker ist die kausale Erklärung von Einzelergebnissen vor allem Mittel zur Entdeckung und Überprüfung von Naturgesetzen. Dem Astronomen ist zwar mehr an Einzelergebnissen gelegen, aber auch ihm geht es vor allem darum, dass diese überhaupt naturgesetzlich erklärbar sind. Für den Juristen aber ist von entscheidender Bedeutung, ob in die kausale Erklärung eines Erfolges ein bestimmtes (wahres) Ereignis einzubeziehen ist oder nicht. Deshalb hat der Jurist eine Reihe von Fragen zur Bestimmung des Kausalzusammenhangs, die für einen Naturwissenschaftler ziemlich sinnlos sind. Der Jurist fragt z. B.: »Wie weit in die Vergangenheit soll ich denn die Ursachenkette zurückverfolgen?« »So weit wie möglich«, sagt der Astronom. Der Jurist will wissen: »Wie ist der konkrete Erfolg zu

bestimmen, welche Tatsachen gehören zu einem Erfolg und welche nicht?« »Wie Sie wollen«, antwortet der Naturwissenschaftler. »Beschreibe mir ein Ereignis, so nenne ich Dir seine Ursachen.« Der Jurist fragt: »Wie genau sollen die quantitativen Angaben in den Erfolgsbeschreibungen, Ursachenbeschreibungen und Kausalgesetzen sein?« »Natürlich so genau wie irgend möglich«, antwortet der Physiker, »alles andere ist Schlamperei«. »Wie kann ich ein Naturgesetz von einem anderen unterscheiden, um festzustellen, ob ich das Naturgesetz anwende, das sich tatsächlich ausgewirkt hat?«, fährt der Jurist fort. »Ich verstehe die Frage nicht«, sagt der Physiker, »Sie können Naturgesetze ebenso wie Tatsachenbeschreibungen formulieren wie Sie wollen, wenn sie nur stimmen«. Der Jurist erkundigt sich: »Wann ist eine Kausalerklärung vollständig, so dass ich sicher sein kann, keine Ursache vergessen zu haben?« »Nie«, antwortet der Physiker. Es bedarf daher auch keiner besonderen Rechtfertigung, wenn wir im Folgenden auch Festlegungen treffen, mit denen ein Naturwissenschaftler gar nicht einverstanden wäre.

Notwendige und hinreichende Bedingungen

Die *erste Schwierigkeit*, auf die wir stoßen, wenn wir ein menschliches Verhalten als Ursache eines Erfolges qualifizieren wollen, ist, dass dieses Verhalten für sich allein niemals einen Erfolg herbeiführen könnte, d. h. es ist *keine hinreichende* Bedingung dafür. Bestimmen wir die Ursache als eine hinreichende Bedingung für den Erfolg – die außerdem natürlich wahr sein muss, sonst wäre sie höchstens eine hypothetische Ursache – so kann ein menschliches Verhalten höchstens ein Teil dieser Ursache sein. Wir können versuchen, dieses Verhalten zu isolieren, indem wir zunächst alle anderen Antezedenzbedingungen des Erfolges als gegeben voraussetzen und dann fragen, ob nun das Verhalten eine hinreichende Bedingung sei. Aber dabei stoßen wir sogleich auf eine neue Schwierigkeit, denn wir können mit diesem Verfahren jedes beliebige Verhalten zur Ursache jedes Erfolges erklären, vorausgesetzt, beide sind tatsächlich geschehen, jedenfalls dann, wenn wir die zureichende Bedingung i. S. der extensiven Implikation bestimmen, also annehmen: p ist zureichende Bedingung für q , wenn der Satz gilt »wenn p , dann q «. Denn dieser Satz ist jedenfalls dann richtig, wenn sowohl p als auch q wahr sind.¹ Man wird sofort einwenden, dass

1 Die extensive Implikation (wenn ..., dann ...) ist in der Aussagenlogik einer der Wahrheitsfunktoren, die lediglich gewisse Abhängigkeiten der Wahrheit oder Falschheit eines Satzes von der Wahrheit und Falschheit zweier anderer bedeuten. Dieses Abhängigkeitsverhältnis kann man ausführlicher in einer Wahrheitstabelle darstellen:

mit hinreichender Bedingung mehr gemeint sei, als der Wahrheitsfunktors »wenn..., dann...« ausdrückt, also nicht nur eine Aussage über die möglichen Kombinationen der Wahrheitswerte zweier Sätze. Hinreichend ist eine Bedingung dann, wenn ich aufgrund der Kenntnis dieser Bedingung den Erfolg als sicher eintretend voraussagen kann, also dann, wenn es einen allgemeinen Satz, ein Gesetz gibt, nach dem auf eine Tatsache von der Art p immer eine der Art q folgt. Aber einen solchen allgemeinen Satz gibt es, die Geltung des Kausalprinzips vorausgesetzt, auch für jeden tatsächlich eingetretenen Erfolg und jedes tatsächlich vorgenommene Verhalten. Denn wenn ein Erfolg e tatsächlich eingetreten ist, so waren zuvor die hinreichenden Bedingungen für e jedenfalls gegeben. Es gibt dann also Bedingungen q, r, s usw. und einen allgemeinen Satz: »Immer wenn Bedingungen von der Art q, r, s usw. gegeben sind, tritt e ein.« Gehört das Verhalten, dessen Kausalität zu prüfen ist, zu diesen Bedingungen, dann ist es durch dieses Gesetz als Ursache erwiesen, aber wenn es nicht dazu gehört, kann ich aus dem oben genannten allgemeinen Gesetz den Satz folgern: »Wenn q, r, s usw. und v, dann e«, wobei v für das Verhalten steht, aber auch jede beliebige andere Tatsachenbehauptung sein kann. Wenn ein Satz eine nach einem allgemeinen Gesetz zureichende Bedingung für irgendeinen Erfolg beschreibt, so tut das auch jeder andere Satz, der diesen impliziert, auch wenn er darüber hinaus noch weitere Behauptungen enthält. Ein Beispiel für ein so gebildetes allgemeines Gesetz liefert die Redensart: »Wenn Du nicht wärst und der Löffel, dann müssten wir die Suppe trinken.«² Das Erfordernis, Bestandteil einer hinreichenden Bedingung zu

p	q	$p \rightarrow q$	(= wenn p, dann q)
w	w	w	
w	f	f	(w = wahr)
f	w	w	(f = falsch = nicht wahr)
f	f	w	

Dass diese Tabelle stimmt, erkennt man leicht, wenn man sich klar macht, dass der Satz »wenn p, dann q« nichts anderes besagt als der Satz »niemals nicht q und (doch) p« oder »kein p ohne q«. Näher hierzu z. B. *Klug*, Juristische Logik, 3. Aufl. 1960, S. 24 ff., insbesondere S. 26 f., 30.

- Der Form nach liegt hier ein sogen. irrealer Konditionalsatz vor. Seine Umformung in ein allgemeines Gesetz in Form einer extensiven Implikation würde lauten: »Wenn es keine Löffel gibt und nicht Dich gibt, müssen wir die Suppe trinken«, was aus dem Satz abzuleiten ist, »wenn es keine Löffel gibt, müssen wir die Suppe trinken«. Näher zum Zusammenhang zwischen irrealen Konditionalsätzen und allgemeinen Gesetzen *Stegmüller*, Probleme und Resultat der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, Bd. 1, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, 1969, S. 283 ff.

sein, ist also offensichtlich zu schwach, um als Explikation der Kausalität von Verhalten im strafrechtlichen Sinne zu dienen.

Es liegt nahe, stattdessen zu fordern, dass das Verhalten eine *notwendige* Bedingung des Erfolges ist, so dass der Satz gilt: »Nur wenn v, dann auch e« oder: »Nicht e ohne v.« Auch dies kann sinnvoll nicht als Aussage über den Einzelfall interpretiert werden, denn für den steht ja fest, dass sowohl v als auch e wahr und damit die Aussage »nur wenn e, dann v« auf jeden Fall richtig ist, auch wenn es sonst zwischen v und e keinerlei Beziehungen gibt. »Nur wenn e, dann v« ist vielmehr auch als allgemeines Gesetz zu verstehen, das von Arten von Verhalten und Erfolgen handelt, unter die das betreffende Verhalten und der Erfolg subsumierbar sind. Das Erfordernis der notwendigen Bedingung in diesem Sinne hat als Kausalitätsbestimmung zunächst den Vorteil, dass das Verhalten von vornherein von den übrigen Antezedenzbedingungen isoliert werden kann. Es besteht auch nicht die Gefahr, dass eine beliebige Tatsache, z. B. ein Verhalten, durch Konjunktion in ein solches Gesetz einbezogen werden könnte, denn wenn gilt »nicht p ohne q«, so folgt daraus noch lange nicht »nicht p ohne (q und v)«.

Man kann sich den Unterschied zur zureichenden Bedingung auch so klar machen: Das Gesetz, das eine zureichende Bedingung für einen Erfolg angibt (immer wenn q, dann e), erlaubt einen Schluss von der Bedingung auf den Erfolg. Liegt der Erfolg zeitlich nach der Bedingung, so erlaubt er also eine Vorhersage. Was man aus dem logisch schwächeren Satz q vorhersagen kann, folgt auch aus dem stärkeren Satz »q und v«. Das Gesetz, das eine notwendige Bedingung angibt (nur wenn q dann e), erlaubt einen Schluss vom Erfolg auf die Bedingung, also eine Retrodiktion, wenn e zeitlich später liegt. Die notwendige Bedingung ist also die Umkehrung der zureichenden.³ Aber wenn aus e q folgt, so noch nicht der logisch stärkere Satz »q und v«.

Ein weiterer Vorteil der notwendigen Bedingung ist, dass sie als Grundvoraussetzung der Zurechnung unbestreitbar ausreicht. Wenn es vom Verhalten einer Person abgehängt hat, ob ein Schaden eintritt oder nicht, so ist das Grund genug, sie mit diesem Erfolg in eine erste Zurechnungsbeziehung zu setzen. Ob diese Beziehung dann Kausalbeziehung genannt werden kann oder was sonst Kausalität ist, darüber braucht man sich weiter keine Gedanken zu machen.

Aber das Erfordernis der notwendigen Bedingung erweist sich als zu *stark*, es enthält mehr, als wir als Mindestvoraussetzung für die objektive Zurechnung zu akzeptieren bereit sind. Es führt vor allem dazu, dass die Existenz sog. *Ersatzursachen* die Kausalität ausschließt. *Spindel* hat vorgeschlagen, die Einbeziehung von Ersatzursachen in den hypothetischen Kau-

3 Vgl. etwa *Klug* (Anm. 1), S. 32 f.

salverlauf einfach zu untersagen.⁴ Es fragt sich dann zunächst, was für eine Beziehung zwischen Verhalten und Erfolg die Kausalität danach sein soll, denn das Verhalten wäre nun weder notwendige noch zureichende Erfolgsbedingung. Vor allem aber ist die Anweisung, keine Ersatzursachen hinzuzudenken, gar nicht durchführbar.

Zunächst muss man das, was man nicht hinzudenken darf, als Ersatzursache erkannt haben. Hat man dazu kein anderes Prüfungsverfahren zur Verfügung als die hypothetische Elimination, so müsste man nach der Feststellung, dass der Erfolg beim Wegdenken des Verhaltens nicht entfiel, wahllos weitere Gegebenheiten aus dem hypothetischen Verlauf wegdenken, die als Ersatzursachen in Betracht kommen, bis man zu der Diagnose gelangt, dass der Erfolg nicht eingetreten wäre. Wie unterscheidet sich nun der Fall, dass man dabei auf eine Ersatzursache gestoßen ist von dem, dass das geprüfte Verhalten überhaupt nicht Ursache i. S. einer modifizierten Bedingungstheorie ist? Hierauf erscheint nur eine Antwort möglich: Ersatzursachen erkennt man daran, dass die Abläufe, über die sie nach Naturgesetzen zum Erfolg führen, mindestens teilweise tatsächlich nicht gegeben sind.

Aber nun können wir nicht einfach die Anweisung erteilen, diese tatsächlich nicht gegebenen Abläufe nicht hinzuzudenken. Es soll ja festgestellt werden, wie der Verlauf ohne das Verhalten, also hypothetisch, gewesen wäre. Diese Frage ist überhaupt nur sinnvoll, weil und soweit dieser hypothetische Verlauf durch allgemeine Gesetze, Naturgesetze oder wenigstens Erfahrungssätze bestimmbar ist.⁵ Würde nach einem solchen Gesetz ohne das Verhalten des Täters eine Ersatzursache eintreten, so kann ich diese nicht herauslassen, ohne mich mit Naturgesetzen in Widerspruch zu setzen. Und wenn ich auch dazu bereit wäre, so wüsste ich doch nicht, wie ich den hypothetischen Verlauf weiterdenken sollte, da mir dafür nun keine Regeln mehr zur Verfügung stehen.

Hierfür ein Beispiel:⁶ Zwei Jungen spielen Fußball vor einer Mauer, die das Tor darstellt. Einer schießt auf die Mauer, der andere wehrt mit dem Kopf ab, der Ball fliegt in eine Schaufensterscheibe. Die Kopfabwehr war nicht notwendige Bedingung für die Zerstörung der Scheibe, weil der Ball sie auch getroffen hätte, wenn er an der Mauer abgeprallt wäre. Da er nicht an der Mauer abgeprallt ist, kommt dieses Abprallen nur als Ersatzursache in Betracht. Wenn ich nun nach hypothetischer Elimination der

4 Vgl. *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Jur. Diss. Heidelberg 1947, S. 38.

5 Die Antwort auf diese Frage ist nämlich ein irrealer Konditionalsatz, vgl. dazu *Stegmüller* (Anm. 2), S. 287, 298 f.

6 Nach *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965, S. 22.

Kopfabwehr die Ersatzursache Abprallen an der Mauer nicht hinzudenken soll, wie soll ich mir den Flug des Balles weiter vorstellen, um eine Antwort auf die Frage zu geben, ob er die Scheibe ohne die Kopfabwehr zerstört hätte oder nicht?

Ebenso wenig ist die Anweisung, sich die Handlung zwar wegzudenken, aber nichts anderes in Wirklichkeit nicht Geschehenes hinzuzudenken, in den Fällen durchführbar, in denen wir Kausalität annehmen. Denn nur indem wir uns einen irrealen weiteren Verlauf der Ereignisse ohne die Handlung vorstellen, der eben nicht zum Erfolg geführt hätte, kommen wir überhaupt zur Annahme von dessen Ursächlichkeit.

Der Erfolg »in seiner ganz konkreten Gestalt«

Die h. L. versucht, wenigstens den größten Teil der Ersatzursachen ohne Preisgabe der Formel von der notwendigen Bedingung dadurch auszuscheiden, dass sie die Anweisung gibt, die Notwendigkeit nur für den Erfolg »in seiner ganz konkreten Gestalt« zu prüfen.⁷ Das Prinzip, das dem zugrunde liegt, ist dies: Je genauer ein Erfolg beschrieben wird, desto weniger Ersatzursachen kommen dafür in Frage. Beschreibe ich z. B. den Erfolg des § 212 StGB als die Tatsache, dass ein bestimmter Mensch stirbt, so werde ich niemals ein menschliches Verhalten finden, das notwendige

7 So die heute ganz h. L.; vgl. etwa Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 157 ff., 162 ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl. 1977, S. 258; Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975, 8/56; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978, S. 227; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 43; Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 8. Aufl. 1977, S. 224; Blei, Strafrecht 1, Allg. Teil, 17. Aufl. 1977, S. 76 ff.; Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl. 1979, S. 36; Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, 20. Aufl. 1980, Vor § 13 Anm. 73, 75; Rudolphi, Systematischer Kommentar, 2. Aufl. 1977, Vor § 1 Rn. 39, 41; Heimann-Trosien, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1974, Einleitung, Rn. 91; besonders ausgeprägt bei Mezger, Strafrecht I, Allg. Teil, 9. Aufl. 1960, S. 68; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, 518; Gmür, Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts und der Kausalzusammenhang im Strafrecht, Jur. Diss. Zürich 1926, S. 44 ff.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972, S. 30 ff., 86 ff.; ders., Die Kausalität der Beihilfe, in: FS Peters, 1974, S. 121 ff.; grundsätzlich ebenso Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 9 ff.; Schaffstein, Das Risiko als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: FS Honig, 1970, S. 173 ff., 176. Soweit die genannten Autoren die Formel von der notwendigen Bedingung letztlich ablehnen, richtet sich ihre Kritik entweder gar nicht gegen diese Formel als Kausalitätsbestimmung oder doch nicht gegen die Maßgeblichkeit des Erfolges »in seiner ganz konkreten Gestalt«.

Bedingung dafür wäre, ob der Betreffende nun umgebracht worden ist oder nicht. Denn dass er irgendwann und irgendwo einmal sterben würde, stand nach Naturgesetzen und Erfahrungssätzen in jedem Falle fest. Der Kreis der Ersatzursachen wird nun durch jede weitere Bestimmung dieses Erfolges verkleinert, also etwa dadurch, dass ich den Zeitpunkt, den Ort oder eine Todesart wie Ersticken, Verbluten, Herzversagen u. ä. angebe.

Dieses Verfahren zur Ausschaltung von Ersatzursachen setzt aber voraus, dass ich angeben kann, welche Tatsachen zum Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt gehören und diese Festlegungen auch rechtfertigen kann. Denn bleibt man dabei, dass der Grund für die Zurechnung des Erfolges die Notwendigkeit des Verhaltens für dessen Eintritt ist, so fragt sich, warum dem Täter der gesamte Erfolg zugerechnet wird, wenn er nur für irgendeine Einzelheit einer gegebenen Erfolgsbeschreibung eine notwendige Bedingung gesetzt hat. Mit welchem Recht ist diese Einzelheit überhaupt in die Erfolgsbeschreibung aufgenommen worden?

Der Weichensteller, der einen Zug von einem durch einen Bergsturz gesperrtes Gleis auf ein anderes, ebenso gesperrtes umleitet, wird als Verursacher der Tötungen und Verletzungen von Zuginsassen angesehen, weil er eine notwendige Bedingung für den Ort ihres Todes (nicht aber für ihren Tod) gesetzt hat.⁸ Wer eine in einem brennenden Zimmer stehende Truhe umdreht, soll deshalb Verursacher der Sachzerstörung in ihrer konkreten Gestalt sein, weil die Flammen die Truhe nun zuerst von einer anderen Seite erfassen.⁹ Solche Ergebnisse erscheinen der Lehre vom konkreten Erfolg als unvermeidliche Resultate einer wertfreien Kausalbetrachtung. Sie sind aber zunächst nur die Konsequenzen einer bestimmten Erfolgsbeschreibung.

Was zum *Erfolg* in seiner konkreten Gestalt überhaupt gehört und wie er zu konstituieren ist, ist kaum untersucht worden, seit sich die Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt durchgesetzt hat. Zum konkreten Erfolg sollen all die Tatsachen gehören, in denen »der Erfolgstypus des in Frage kommenden rechtswidrigen Tatbestandes in dem zu beurteilenden Geschehen verwirklicht ist.«¹⁰ Die Abgrenzung des Erfolges von anderen wahren Sachverhalten geschieht dadurch, dass man bestimmte Tatsachen auswählt. Man geht dabei davon aus, dass diese Tatsachen in »konkreter Bestimmtheit« vorgegeben sind.¹¹ Selbst die sogen. abstrahierende Erfolgs-

8 Vgl. *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe (Anm. 7), S. 98 f.

9 Vgl. *Samson* (Anm. 7, 8), S. 88 f.

10 Max Ludwig *Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 11; *Engisch* (Anm. 7), S. 11.

11 *Müller* (Anm. 10), S. 11 ff.; *Engisch* (Anm. 7), S. 19 ff. Auf diese beiden Autoren wird die endgültige Durchsetzung der Lehre von der Maßgeblichkeit des Er-

auffassung ging zunächst von vorgegebenen »konkreten« Erfolgsbeschreibungen aus, was schon in ihrem Namen zum Ausdruck kommt. Ihre Vertreter hielten es nur für nötig, von gewissen Elementen dieses vorgegebenen konkreten Erfolges zu abstrahieren, weil sie unter den Wertungsgesichtspunkten des Tatbestandes irrelevant seien.¹² Wenn sich nun zeigt, dass eine solche Abstraktion das Problem der Elimination von Ersatzursachen aufwirft oder doch wenigstens verschärft, indem sie durch Beseitigung von zunächst vorgegebenen Bestimmungselementen des Erfolges die Zahl möglicher Ersatzursachen erhöht, wird man sie eben als unzweckmäßig verwerfen. So hat die Lehre vom konkreten Erfolg nach einem raschen und vollständigen Sieg über die sogen. abstrahierende Erfolgsbestimmung eine bis heute andauernde Herrschaft angetreten.¹³

Aber dass uns »die Tatsachen« zunächst fertig vorgegeben seien, war der gemeinsame Irrtum beider Theorien, der verhinderte, dass die eine ihre Stärke erkannte und die andere ihre Schwäche. Was wir in einer Beschreibung zu einem Satz und damit zu einer Tatsache zusammenfassen, ist in unser freies Belieben gestellt. Die Wirklichkeit entscheidet dann nur darüber, ob unsere Sätze wahr oder falsch sind, Tatsachen oder Fiktionen beschreiben. Wir können also je nachdem, wie wir die Sätze zur Beschreibung der Tatsachen formulieren, aus denen wir dann diejenigen Tatsachen auswählen, in denen sich der Erfolg verwirklicht hat, theoretisch beliebige wahre Sachverhalte zu Bestandteilen des konkreten Erfolges machen. Denn ausgewählt werden diejenigen Sätze, die die Erfüllung des Tatbestandes implizieren, gleichgültig, was sie sonst noch enthalten. Theoretisch kann man danach jede Person, die irgendwie auf die Außenwelt eingewirkt hat, mit jedem Erfolg in Kausalbeziehung setzen.

Seit *Engisch* meint man, mit der zitierten Explikation des konkreten Erfolges z. B. folgenden Fall gelöst zu haben: Ein Künstler bemalt eine Vase, die ein anderer zerschlägt, so dass nun bemalte Scherben auf dem Boden liegen statt weißer. Soll nun der Künstler für den Sachbeschädigungserfolg in seiner konkreten Gestalt ursächlich sein? *Engisch* verneint dies, weil die Tatsache, dass die Vase bemalt war, nicht zur Erfolgsverwirklichung gehöre.¹⁴ Wie aber steht es mit der Tatsache, dass eine bemalte Vase zersprungen ist? An-

folges »in seiner ganz konkreten Gestalt« zurückgeführt; vgl. *Samson* (Anm. 7, 8), S. 29 f.

12 Denn die Notwendigkeit der Abstraktion wird damit begründet, dass »*der Erfolg in seiner vollen konkreten Bestimmtheit* den Juristen gar nicht interessiere«. (Hervorhebung vom Verf.) Vgl. *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 41; *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 38.

13 Vgl. die Nachweise in Anm. 7, 11 und den historischen Abriss bei *Samson* (Anm. 7, 8), S. 26 ff.

14 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 11 f.; *Samson* (Anm. 7, 8), S. 30.

dererseits soll zum konkreten Erfolg eines Totschlags gehören, dass das Opfer seitlich am Kopf getroffen wurde, so dass derjenige, der es durch einen Zuruf zu einer Kopfwendung veranlasst hatte, für den Tötungserfolg in seiner konkreten Gestalt kausal geworden ist, weil der Schlag das Opfer ohne sein Zutun am Hinterkopf getroffen hätte.¹⁵ Aber warum zählt eigentlich die genaue Lage der Wunde zum Erfolg in seiner konkreten Gestalt? Ich kann den Erfolg ja auch durch einen Satz beschreiben, der eine weniger genaue Lagebestimmung enthält, z. B.: »Das Opfer starb an einer Kopfwunde mit Schädelfraktur.« Nach dieser Erfolgsbeschreibung wäre der Anruf nicht notwendige Bedingung, der Rufer also nicht kausal für den Todeserfolg.

Jene Vorgegebenheit, die man den Erfolg in seiner konkreten Gestalt zu nennen pflegt, gibt es also gar nicht. Hier wird mit einem Scheinbegriff und einem Zirkelschluss argumentiert. Denn man nimmt eine Tatsache in die Erfolgsbeschreibung immer dann auf, wenn man denjenigen, der für diese Tatsache eine notwendige Bedingung gesetzt hat, als kausal für den ganzen Erfolg (in seiner konkreten Gestalt) ansehen will.¹⁶

Für bestimmte Extremfälle hat bereits *Engisch* diesen Zirkelschluss gezeigt. Er erläutert ihn am Scharfrichterfall. Hier unterscheidet sich der eingetretene Erfolg in nichts von dem, der ohne das Eingreifen des Vaters eingetreten wäre, weil dann eben der Scharfrichter den Knopf gedrückt hätte. Einen Unterschied in den konkreten Erfolgen, so fährt *Engisch* fort, könne man nur dartun, wenn man auch ihre Vorstadien in die Erfolgsbeschreibung einbeziehe, zu denen gehören würde, dass im wirklichen Fall der Vater, im hypothetischen eben der Scharfrichter die Falltür ausgelöst habe. Aber dieses Verfahren sei zirkelschlüssig, weil es bereits voraussetze, dass der Vater eine Ursache gesetzt habe, was doch erst bewiesen werden sollte. Denn eben weil der Delinquent durch den Vater getötet wurde, wird dessen Knopfdruck als Vorstadium in die Bestimmung des konkreten Erfolges einbezogen.¹⁷

Aber *Engisch* hat nicht anerkannt, dass er hier auf ein allgemeines Problem jeder Bestimmung eines konkreten Erfolges gestoßen war, sondern zog lediglich die Konsequenz, dass man da, wo man beim Wegdenken der Täterhandlung, die man intuitiv als kausal erkannt hat, zu keinem Unterschied im

15 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 11; *Müller* (Anm. 10), S. 12.

16 Besonders deutlich wird dies bei Erich *Hartmann*, Das Kausalitätsproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Ursachenbegriffs des Strafgesetzbuches, 1900, S. 76. »... es genügt, wenn ohne die Handlung irgend eines der nach dem tatsächlichen Verlauf zweifellos mit dem Erfolg kausal verbundenen Ereignisse nicht hätte eintreten können ..., oder anders ausgedrückt: Eine Handlung ist dann kausal, wenn bei ihrem Wegfall der Erfolg entweder überhaupt nicht oder doch nicht auf dem Wege hätte eintreten können, wie er tatsächlich eingetreten ist«. (Hervorhebungen vom Verf.).

17 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 15 ff.

»konkreten Erfolg« gelange, diesen Unterschied nicht in dessen Vorstadien suchen könne.¹⁸

Die kausale Erklärung des Erfolges

Obwohl *Engisch* also am »Erfolg in seiner konkreten Bestimmtheit« als Ausgangspunkt der Kausalitätsfeststellung festhielt, waren ihm aber diese Extremfälle Anlass, ein anderes Verfahren der Bestimmung und Feststellung von Erfolgsursachen vorzuschlagen, das auch in diesen vermeintlich exzeptionellen Fällen die Ersatzursachen ausschaltet. Es ist die Anwendung des streng naturwissenschaftlichen, nichtmetaphysischen Ursachenbegriffes, wie ihn auch die heutige Wissenschaftstheorie noch bestimmt. Ursache ist danach eine »gesetzmäßige Bedingung des Erfolges«,¹⁹ oder, in der Ausdrucksweise der Wissenschaftstheorie, jeder Bestandteil einer kausalen Erklärung des Erfolges. Eine kausale Erklärung eines singulären Ereignisses wird dadurch gegeben, dass man ein Kausalgesetz angibt, unter das jenes Ereignis als Folge und bestimmte wirklich gegebene Antezedenzen des Ereignisses als Ursache subsumierbar sind. Schematisch ist also eine Kausalerklärung etwa folgendermaßen darzustellen: Gegeben sind ein allgemeiner Satz der Form: Immer wenn die Bedingungen von der Art p, q, r, \dots , dann e symbolisch $p, q, r, \dots \rightarrow e$ und ein singulärer Satz (Tatsachenbehauptung, Sachverhalt); es sind Bedingungen von der Art p, q, r, \dots gegeben, etwa $p_1, q_1, r_1, \dots, x_1$. Nun wird der Erfolg e dadurch erklärt, dass er aus diesen beiden Sätzen logisch abgeleitet wird nach der Formel:

$$\frac{p, q, r, \dots \rightarrow e}{p_1, q_1, r_1, \dots, x_1} \\ e$$

Die Bedingungen sind allerdings so zahlreich, dass sie nicht vollständig aufgezählt werden können. Jede Kausalerklärung in der Praxis setzt vielmehr eine Reihe von Bedingungen, die sogen. Randbedingungen, stillschweigend voraus.²⁰

Der unschätzbare Vorteil dieses Verfahrens ist, dass es mit den Sachverhalten auskommt, die wirklich gegeben sind und weder hypothetische Erfolge noch hypothetische Antezedenzen in ihm vorkommen. Damit führt es auto-

18 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 16.

19 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 17 ff. insbes. S. 21; *ders.*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 128 ff.

20 Vgl. zur kausalen Theorie von Einzelereignissen *Popper*, Logik der Forschung, 6. Aufl. 1976, S. 31 ff.; *Carnap*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, 3. Aufl. 1976, S. 11 ff.; *Stegmüller* (Anm. 2), S. 82; siehe auch *Philipps*, Der Handlungsspielraum, Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, 1974, S. 101 f.

matisch zur Ausschaltung von Ersatzursachen, denn, wie gesagt, erkennt man Ersatzursachen daran, dass ein Teil der Zwischenstadien, über die sie nach Kausalgesetzen zum Erfolg führen, in Wahrheit nicht vorliegen. Wenn der tödlich Vergiftete vor Eintritt der Giftwirkung erschossen wird, erkennt man nur am Fehlen eines Teils der für das Gift symptomatischen tödlichen Wirkungen, dass es nicht ursächlich für den Todeserfolg war.

Die zureichende Mindestbedingung

Aber auf ein Problem dieses Verfahrens waren wir schon zu Anfang gestoßen. Kausalgesetze geben in aller Regel nicht notwendige Bedingungen an, sondern zureichende. Wenn ich aber mit einem Satz, der eine zureichende Bedingung für einen Sachverhalt angibt, irgendeinen beliebigen anderen verbinde, erhalte ich stets wieder eine zureichende Bedingung. Wie soll nun verhindert werden, dass beliebige Sachverhalte und damit beliebige Personen in die Kausalerklärung einbezogen werden können? Gelingt dies nicht, so erbrächte das Verfahren genau wie die Lehre von der notwendigen Bedingung für den Erfolg in seiner konkreten Bestimmtheit bestenfalls Scheinbegründungen für intuitiv gefundene Resultate. Ursache oder Teilursache ist eben offensichtlich nicht jeder wahre Sachverhalt, der Bestandteil irgendeiner zureichenden (und tatsächlich gegebenen) gesetzmäßigen Erfolgsbedingung ist. In irgendeinem Sinne muss dieser Bestandteil notwendig für die Kausalerklärung sein. Andererseits wäre es zu viel verlangt, wenn er im konkreten Fall eine notwendige Bedingung des Erfolges sein sollte, weil dann jede Ersatzursache die Kausalität ausschlösse. Jene Notwendigkeit darf also nicht im Einzelfall gesucht werden, sie gehört in die Formulierung des Kausalgesetzes, das zur Erklärung herangezogen wird. Dieses Gesetz darf keine überflüssigen Bestimmungen enthalten. Eine Bestimmung erkennt man dann als überflüssig, wenn das Gesetz auch ohne sie gilt. Hier ist also die Methode des »Wegdenkens« am Platze. Dieses Wegdenken bezieht sich aber nicht auf den konkreten Fall und schon gar nicht auf einen anderen, nur hypothetischen. Es ist nicht erforderlich oder auch nur zulässig, an Stelle der weggedachten Bestimmung irgendetwas anderes, nicht Wahres, hinzuzudenken. Bei der Anwendung des Kausalgesetzes auf den Einzelfall, die ein rein logisches Schließen von einem allgemeinen Satz auf einen besonderen ist, hat man sich strikt an das zu halten, was tatsächlich gegeben ist.

Kumulative Kausalität

Wir haben damit diejenigen Ersatzursachen ausgeschaltet, die nicht wahr sind, aber wie steht es mit denen, die wahr sind, also mit den Fällen der sogenannten Doppelkausalität? Haben wir uns für diese Fälle nicht die gleichen Schwierigkeiten eingehandelt, die die *conditio-sine-qua-non*-Theorie hier hat? Auch wir fordern ja, dass die Ursache Bestandteil einer (zureichenden)

Mindestbedingung und insofern für die Erklärung des Erfolges notwendig sei. Das ist aber bei Doppelkausalität keine von den beiden Umständen, von denen jeweils der andere genügt, um den Erfolg zu erklären. Hier hilft uns zunächst auch die Verlagerung der Notwendigkeit in die Formulierung des Kausalgesetzes nicht. In dem zwar lebensfremden, aber einfachen Beispiel, dass jemand ein Getränk zu sich nimmt, in das erst ein und dann unabhängig von diesem ein zweiter Täter je eine tödliche Dosis von 1 x mg Strychnin getan hat, kann ich zunächst folgendes Naturgesetz zur Erklärung heranziehen: Wenn jemand 2 mal x mg Strychnin zu sich nimmt, stirbt er. Ich stelle nun fest, dass ich damit zwar eine zureichende, nicht aber eine Mindestbedingung für den Tod eines Menschen aufgestellt habe, denn ich kann aus diesem Gesetz die Angabe 2 x mg durch 1 x mg ersetzen, ohne dass es seine Gültigkeit verliert. Ich brauche also weder die Handlung des einen noch die des anderen Nebentäters unbedingt für die Erklärung des Erfolges. Eine von ihnen brauche ich aber gewiss, und das ist der Grund dafür, dass beide Ursachen i. S. der zureichenden Mindestbedingung sind. Ich kann eben aus dem Sachverhalt zwei verschiedene zureichende Mindestbedingungen entnehmen, die beide erfüllt sind. Mindestbedingungen sind beide deshalb, weil keine alle Bestandteile der anderen enthält. Dadurch unterscheidet sich diese Konstellation von dem Fall, in dem zunächst ein überflüssiger Bestandteil in das Naturgesetz aufgenommen wurde, der nun ersatzlos gestrichen werden kann.

Immerhin zeigt aber der Fall der Doppelkausalität, dass unsere Regeln zur Ursachenermittlung immer noch nicht vollständig sind. Aus der Feststellung, dass ich den Erfolg ohne eine bestimmte Tatsache erklären kann, d. h., dass das Kausalgesetz, aus dem er ableitbar ist, seine Gültigkeit nicht verliert, wenn ich jene Tatsache daraus streiche, ergibt sich noch nicht zwingend, dass sie nicht zu den Ursachen des Erfolges gehört. Sie ist eine doppelt vertretene Ursache, wenn ich sie an die Stelle eines anderen Bestandteils meiner Erklärung setzen kann. Diesen anderen Bestandteil erkenne ich als Ursache, indem ich auch ihn, also beide, probeweise aus der Erklärung streiche. Dann zeigt sich, dass die Erklärung nicht mehr gilt. Der Satz, zwei Tatsachen, die ich alternativ, aber nicht kumulativ wegdenken kann, ohne dass die Erklärung ungültig wird, der als Korrektur der *conditio-sine-qua-non*-Formel vorgeschlagen wird,²¹ ist also sachlich richtig. Aber er stellt einen Bruch mit dem Erfordernis der notwendigen Bedingung dar, ist also auf der Grundlage der *conditio-sine-qua-non*-Formel nicht akzeptabel. Auch mit diesem Problem wird also die Theorie von der kausalen Erklärung besser fertig.

Freilich wird man in der Praxis dieses Verfahren des alternativen Wegdenkens nicht allein zur Ermittlung von Doppelursachen anwenden. Man müsste sonst ja jede Tatsache, die sich zunächst als für die Kausalerklärung

²¹ Diese Modifikation der Kausalitätsformel geht zurück auf *Traeger* (Anm. 12), S. 46.

überflüssig erwiesen hat, mit jeder der als notwendig erscheinenden probe-weise austauschen.

Hinzu kommt auch noch, dass nicht nur Doppelursachen, sondern auch noch Mehrfachursachen möglich sind, z. B. die tödlich treffenden Schüsse eines zwölköpfigen Erschießungskommandos bei der Vollstreckung eines rechtswidrigen Hinrichtungsbefehls. Hier funktioniert das Wegdenkverfahren nur, wenn ich dem Schuss jedes einzelnen Kommandomitgliedes jeweils die aller anderen elf als Alternativursache gegenüberstelle. Denke ich mir dagegen statt des Schusses des zu prüfenden Täters nur einen oder drei oder neun der anderen Schüsse weg, so erweist sich dieser immer noch als für die Erklärung des Todeserfolges überflüssig. Ich muss die zu prüfende Bedingung eben an die Stelle einer solchen anderen setzen, die ohne die erste für die Erfolgserklärung notwendig ist. Dabei besteht nun wieder die Gefahr des entgegengesetzten Fehlers. Ich könnte mehr wegdenken, als die zu prüfende Bedingung zu ersetzen vermag. Denke ich mir in unserem Beispielfall etwa außer den elf anderen Schützen noch den Mann weg, der die Gewehre geladen hat, so erweist sich der Schuss des zwölften Schützen als ungeeignet, diese Tatsache in der Kausalerklärung zu ersetzen. Ich muss also die Zahl und auch die Qualität der Mehrfachursachen kennen, ehe ich dieses Wegdenkverfahren überhaupt mit einiger Sicherheit anwenden kann. Welche Tatsache ich in einer einmal aufgestellten Kausalerklärung durch welche anderen ersetzen kann, darüber geben letztlich nur die allgemeinen Kausalgesetze Auskunft, die in der Praxis von vornherein die Auswahl der zur Erklärung herangezogenen Tatsachen bestimmen.²² Einen zuverlässigen Weg zur Entdeckung aller Ursachen können wir angesichts der Möglichkeit von Mehrfachkausalität nicht angeben. Trotzdem können wir die Mitursächlichkeit jeder Tatsache nachweisen, indem wir eine zureichende Mindestbedingung des Erfolges angeben, deren notwendiger Bestandteil sie ist.

Zur Bestimmung des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolges

Es besteht danach kein Bedürfnis mehr, möglichst viele Bestimmungen in die Erfolgsbeschreibung aufzunehmen, um hypothetische Ersatzursachen auszuschließen. Aber die Frage, was eigentlich ein konkreter Erfolg ist, stellt sich darum nur umso dringlicher. Der Tatbestand selbst beschreibt ja nur jeweils eine Gattung von Erfolgen, den sogen. »abstrakten Erfolg«. Wir können jeden Tatbestand wie überhaupt jeden Allgemeinbegriff als einen unvollständigen Satz verstehen, eine sog. »Satzfunktion«.²³ Wir schreiben dann z. B. statt »blau« den unvollständigen Satz »... ist blau«, den wir durch Ein-

²² Instrukтив hierzu schon *Tarnowski* (Anm. 12), S. 47.

²³ Dieser Begriff der Funktion, der aus der Analysis stammt, wurde auf Allgemeinbegriffe erstmals angewandt von Gottlob *Frege*, Funktion und Begriff, in: Funktion, Begriff, Bedeutung, 5 Logische Studien, hrsg. von Günther *Patzig*, 1962.

fügung irgendeines körperlichen Gegenstandes zu einem vollständigen Satz ergänzen können, der wahr ist, wenn dieser Gegenstand blau ist. Bei Relationsbegriffen ist uns diese Auffassung vertrauter als bei Eigenschaftsbegriffen, z. B. der Ausdruck »größer« erscheint uns schon intuitiv als unvollständig, und wir sind sofort bereit, stattdessen zu schreiben »...größer als...« oder auch »...ist größer als...«. Auch Substantive können so geschrieben werden, etwa statt »ein Mensch« »...ist ein Mensch«. So können wir also auch mit den Allgemeinbegriffen der gesetzlichen Tatbestände verfahren. Wir erhalten dann erst durch Ausfüllung des Tatbestandes mit Individuen einen vollständigen Satz, der wahr ist, wenn die betreffenden Individuen die Eigenschaften haben und zueinander in den Beziehungen stehen, die der Tatbestand beschreibt. So erhalten wir den Einzelfall, die konkrete Tatbestandsverwirklichung.²⁴ »Das Konkrete« wird also hier verstanden als das einzelne.²⁵ Wir gehen also zunächst von folgender vorläufiger Explikation des konkreten Erfolges aus: Ein konkreter tatbestandsmäßiger Erfolg ist diejenige Tatsache, die wir erhalten, wenn wir die in der tatbestandlichen Erfolgsbeschreibung auftretenden Individuenvariablen (Leerstellen für Individuen) mit Konstanten ausfüllen.

Versuchen wir diese Tatsache kausal zu erklären, also diejenigen wahren Tatsachen anzugeben, aus denen sie sich nach Naturgesetzen ableiten lässt, so treffen wir u. a. auf die Tatsache, dass die Mutter des Geschädigten diesen geboren oder dass der Arzt Dr. X ihm einmal das Leben gerettet hat. Dementsprechend werden beide von der h. L. als kausal für den Erfolg, beispielsweise die spätere Tötung, angesehen.²⁶

Um solche absurden Ergebnisse zu korrigieren, bedarf es nicht der Berufung darauf, dass sich Mutter und Arzt bei der Verursachung der Ermordung sozialadäquat verhalten haben. Man muss nur den Erfolg statt als Zustand als Veränderung von Zuständen verstehen, und zwar als eine für ein Rechtsgut nachteilige.²⁷ Es ist dann nicht mehr zu erklären, warum beispielsweise der

24 Man kann also die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Tatbestand statt durch das übliche syllogistische Schlußschema als Ausfüllung der Leerstellen einer durch den Tatbestand gegebenen Satzfunktion mit Individuenkonstanten darstellen; vgl. *Rödig*, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, 1973, S. 168; *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, 1979, S. 62 ff.

25 Zu diesem Begriff *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S. 10 ff.

26 Vgl. etwa *Samson* (Anm. 7, 8), S. 88.

27 Als Veränderungen bestimmen den Erfolg *Wolff* (Anm. 6), S. 21 ff, und *Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZ StrR 93 (1977), 123, der auch als Ursachen nur Veränderungen zulassen will, worin wir ihm aus Gründen der Zweckmäßigkeit nicht folgen, siehe unten Anm. 52. Auch bei der Bestimmung des Erfolges als

Satz wahr ist »X ist gestorben«. Dieser Satz impliziert den Satz »X hat gelebt«, seine Erklärung müsste also auch all die Tatsachen enthalten, aus denen sich nach Kausalgesetzen ergibt, dass X zuvor gelebt hat. Zu erklären ist vielmehr nur die nachteilige Veränderung des Zustandes, dass X gelebt hat, zu dem Zustand, dass X tot ist. Dies ist der Erfolg eines Tötungsdelikts. Den Ausgangszustand, die Existenz des Rechtsgutsobjekts, können wir also zunächst als gegeben voraussetzen.

Soweit einzelne Tatbestände besondere Anforderungen an die Ausgangssituation stellen, bedürfen diese ebenfalls keiner Kausalerklärung, werden also bei dieser vorausgesetzt. Hierher gehören besondere Eigenschaften oder Rechtsverhältnisse des Opfers und des Täters. Wer dem Bestohlenen die spätere Diebstahlsbeute verkauft hat, ist danach ebenso wenig ursächlich für den konkreten Diebstahlsverfolg, wie derjenige, der den Täter zum Beamten ernannt hat, für dessen spätere Amtsdelikte. Man könnte schließlich auch die Existenz des Täters selbst voraussetzen, ohne dass dies zum Ausschluss relevanter Tatsachen aus der Kausalerklärung des Erfolges führen würde. Jeder objektive Tatbestand ist also aufzuspalten in die voraussetzende Ausgangssituation und deren nachteilige Veränderung. Die letztere ist der tatbestandsmäßige Erfolg, der kausal zu erklären ist.

Erproben wir das Verfahren der kausalen Erklärung des so bestimmten konkreten Erfolges an einigen der als problematisch geltenden Beispielfälle. *Engisch* bildete folgenden Fall:²⁸ A verprügelt den sich heftig wehrenden B. Er fordert C und D auf, ihm seinen in der Ecke stehenden Stock zu reichen. C und D laufen in die Ecke, aber C erreicht den Stock kurz vor D oder stößt diesen zurück und bringt A den Stock. B wurde mit einem gefährlichen Werkzeug, dem Stock, misshandelt. Das ist der konkrete Erfolg nach § 223 a. A hatte den Stock zunächst nicht, wir müssen also erklären, wie er in seine Hände kam. Man kann einen Stock in die Hand bekommen, wenn jemand einem den Stock gibt. Dies ist unser Kausalgesetz. Jetzt suchen wir nach dem wirklich gegebenen Sachverhalt, der dieses Gesetz erfüllt. Wir finden, dass C dem A den Stock gebracht hat. Damit steht die Kausalität des C für den Erfolg fest. Dass ohne sein Zutun der D dem A den Stock verschafft hätte, ist für dieses Ergebnis vollkommen irrelevant.

In gleicher Weise löst sich der Scharfrichterfall. Für den Vasenfall gilt, dass die Tätigkeit des Malers in der Kausalerklärung des Erfolges nicht auftaucht. Der Erfolg besteht darin, dass eine Sache, hier die Vase, zerschlagen ist. Dass sie bemalt war, gehört nicht zur tatbestandsmäßigen Zustandsverän-

Veränderung berufen wir uns nicht auf allgemeine Regeln der Kausalität – auch Zustände können kausal erklärt werden –, sondern auf die spezifische strafrechtliche Fragestellung. *Walder* (a. a. O., Fn. 20) selbst weist darauf hin, dass es hier letztlich um definitorische Festlegungen geht.

²⁸ *Engisch* (Anm. 7), S. 15.

derung, die mit der Zerstörung einer Sache beschrieben ist. Mag auch die Bemalung den Wert der Vase wesentlich erhöht haben und dieser Wert in der Strafzumessung eine Rolle spielen, so gehört er doch nicht zu der einer Kausalerklärung bedürftigen Veränderung, sondern ebenso wie die Beamteneigenschaft des Täters zur vorauszusetzenden Ausgangssituation. Der Maler hat also die konkrete Sachbeschädigung nicht mitverursacht, obwohl er eine Bedingung für einen strafzumessungsrelevanten Umstand gesetzt hat.

Auch im Weichenstellerfall brauchen wir die Tätigkeit des Weichenstellers, also das Umstellen der Weiche, nicht zur kausalen Erklärung des Todes oder der Körperverletzungen von Zuginsassen, wenn beide Geleise in gleicher Weise durch den Bergrutsch gesperrt waren. Denn der Ort des Todes oder der Körperverletzung gehört nicht zum konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg des Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts. Niemand wird den Arzt deshalb für kausal für den Tod des unheilbar Krebskranken halten, weil er ihn in ein Sanatorium im Schwarzwald schickte, damit er dort noch ein paar schöne Tage genieße, obwohl die Tatsache, dass der Patient im Schwarzwald starb, ohne das Verhalten des Arztes nicht kausal zu erklären ist, selbst dann nicht, wenn der Patient ohne die Einweisung auf Anraten seiner Frau in das gleiche Sanatorium gegangen wäre.

Aber noch haben wir nicht erprobt, ob unsere Bestimmung des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolges überhaupt den an sie zu stellenden Anforderungen genügt. Reicht sie immer aus, um verschiedene tatbestandsmäßige Erfolge voneinander zu unterscheiden? Die Individuenvariablen etwa des Diebstahlstatbestandes sind eine Sache und ein Täter. Der Täter gehört nicht zur Erfolgsbeschreibung, er wird vielmehr erst durch die Feststellung seiner Kausalität für den Erfolg in die Tatbestandsverwirklichung einbezogen. Aber es ist möglich, dass ein und dieselbe Sache mehrmals gestohlen wird; wie kommen wir dann zu mehreren Erfolgen? Oder, wie kommt man zu mehreren Erfolgen, wenn verschiedene Personen eine Sache unabhängig voneinander beschädigen oder eine Person verletzen? Bestünde der Erfolg des § 223 nur in der Tatsache, dass eine Person verletzt ist, so läge dann nur ein Erfolg vor. Den könnte man dann jeweils durch die Handlung eines Täters erklären, ohne die des anderen einzubeziehen, so dass wir zum Problem der sog. Doppelursache kommen. Aber intuitiv erkennen wir, dass hier zwei verschiedene Erfolge vorliegen, die von zwei verschiedenen Tätern verursacht sind.

Die Lösung besteht darin, dass der Tatbestand der Körperverletzung in kasschierter Form eine weitere Individuenvariable enthält. Sie ist in den Verben »misshandelt« und »an der Gesundheit beschädigt« versteckt. Wir beschreiben den Erfolg des § 223 als *einen* Körperschaden, den des § 303 als *eine* Beschädigung einer Sache oder den des § 242 als *einen* Gewahrsamsverlust an einer Sache, den des § 263 als *einen* Vermögensschaden usw.

Im Allgemeinen ist leicht zu beurteilen, wann eine und wann mehrere Gewahrsamsverluste, Sachbeschädigungen oder Körperverletzungen vorlie-

gen. Diese Erfolgsindividuen sind wohl zu unterscheiden von den in den Verben ebenfalls enthaltenen Handlungsindividuen wie ein Wegnehmen, ein Sachbeschädigen, ein Körperverletzen. Die Bestimmung der Erfolgsindividuen, wie eine Wunde, eine Prellung, Verlust einer Sache, die der Kausalitätsfeststellung vorauszugehen hat, ist also zu trennen von der Konstitution des konkreten Einzelverbrechens, in der mehrere solcher Erfolgsindividuen zusammengefasst werden können, etwa die vielen blauen Flecke, die das Opfer bei einer Tracht Prügel davongetragen hat.²⁹

Quantitative Bestimmungen des Erfolges

Um die sog. Erfolgsintensivierung tatbestandlich zu erfassen, brauchen wir außerdem quantitative Bestimmungen des konkreten Erfolges. Gemeint sind die Fälle, in denen zwar ohne das Verhalten eines Täters kausal erklärbar ist, dass überhaupt ein tatbestandsmäßiger Erfolg an einem bestimmten Rechtsgutobjekt eingetreten ist, in denen aber der Täter ursächlich dafür wurde, dass der Schaden einen höheren Grad erreichte. Es hat beispielsweise ein falscher Anlageberater einen Kunden zum Ankauf wertloser Papiere mit der Vorspiegelung veranlasst, deren Kurs werde demnächst erheblich steigen. Daraufhin überredet ein anderer, der hiervon erfahren hat, den Kunden durch weitere Täuschungen, die Zahl der anzukaufenden Papiere noch zu erhöhen, um auch seine schlechten Papiere loszuwerden. Der Kunde erteilt nur einen Kaufauftrag an seine Bank, so dass nur eine Verfügung vorliegt. Lässt man nun den Vermögensschaden der Höhe nach unbestimmt, so kann man ihn ohne die Täuschung durch den zweiten »Berater« erklären, nicht aber, wenn man seine Höhe angibt. Da die Höhe des Schadens für die Schwere des Betrugsunrechts relevant ist, muss sie angegeben werden.

Danach wäre aber auch derjenige kausal, der dazu beiträgt, dass der Schaden geringer ausfällt. Wenn z. B. ein Freund des Anlageberaters, der diesen nicht verraten will, den Kunden mit der falschen Behauptung, es seien nur noch wenige Papiere jener Sorte am Markt, veranlasst, eine geringere Stückzahl zu kaufen als zunächst geplant, so ist die genaue Höhe des Schadens nicht ohne dessen Verhalten zu erklären. Ist man aber einmal zu dem Ergebnis gekommen, dass er diesen Schadenserfolg verursacht hat, so kommt kaum noch eine Rechtfertigung in Betracht. Rechtfertigender Notstand würde voraussetzen, dass er keine Möglichkeit hatte, den Schaden ganz zu verhindern.³⁰ Die Frage, wie sein Verhalten, das doch offensichtlich den rechtlich geschützten Interessen genützt hat, zu rechtfertigen wäre, ist auch zu absurd, um eine sinnvolle Antwort zu erhalten. Rechtfertigungsgründe würden hier offensichtlich nur dazu eingesetzt, bereits gemachte Fehler wieder zu korrigieren.

²⁹ Ausführlich dazu *Puppe* (Anm. 24), S. 231 ff.

³⁰ Vgl. *Samson* (Anm. 7, 8), S. 86 f.

Man braucht aber auch kein besonderes Intensivierungsprinzip einzuführen, um jenseits der Kausalitätsfeststellung in einer weiteren Prüfungsstation die objektive Zurechnung abzulehnen.³¹ Hierfür genügt eine geeignete Bestimmung des Erfolges selbst. Man braucht gar nicht zu erklären, dass der Erfolg genau so schwer, sondern nur dass er mindestens so schwer ausgefallen ist. Wir lassen also die Erfolgshöhe gewissermaßen nach oben offen. Für die Kausalerklärung des so bestimmten Erfolges brauchen wir dann nicht mehr den schadensmindernden Eingriff, denn sie wird ja nicht dadurch unrichtig, dass sie auch auf einen höheren Schaden zutreffen würde, als den tatsächlich eingetretenen.

Auch hierbei werden keine fiktiven Kausalverläufe eingeführt, insbesondere nicht derjenige, der ohne das Eingreifen des Schadensminderers eingetreten wäre. Es werden nur bestimmte Angaben ungenauer gefasst, als man sie nach dem vorliegenden Tatsachenwissen fassen könnte, um nicht mehr und anderes mitzuerfassen und demzufolge miterklären zu müssen, als das, was als negativ bewertbarer Erfolg strafrechtlich relevant ist. Den Unterschied zu einer hypothetischen Feststellung des höheren Schadens, der ohne die Handlung des Täters eingetreten wäre, machen die Fälle überholender Kausalität deutlich, in denen der Täter durch Herbeiführung eines geringen Schadens zugleich einen größeren verhindert. Wer einen anderen niederschlägt und dadurch verhindert, dass dieser seinen Weg zu einem Ort fortsetzt, wo ihn sein Feind erwartet, um ihn zum Krüppel zu schlagen, hat eine hinreichende gesetzmäßige Bedingung dafür gesetzt, dass der wirkliche Körperverletzungserfolg (so oder schlimmer) eingetreten ist. Eine hypothetische Prüfung nach der c. s. q. n.-Formel würde aber ergeben, dass ohne sein Handeln eine schwerere Körperverletzung eingetreten wäre. Im Gegensatz zu einer hypothetischen Prüfung erlaubt also die Methode der zureichenden gesetzmäßigen Bedingung für nach oben unbestimmte Erfolge, diesen Fall von dem zu unterscheiden, in dem einer den Schlag eines Angreifers abschwächt.³²

Durch diese nach oben offene Bestimmung der quantitativen Angaben in der Erfolgsbeschreibung lösen sich die viel diskutierten Fälle der Abmilderung eines Angriffs. An seine Grenze stößt dieses Lösungsverfahren allerdings da, wo nicht nur der drohende Schaden in seiner Quantität reduziert wird, sondern an seine Stelle ein andersartiger, für den Betroffenen weniger gravierender, aber gleichwohl tatbestandsmäßiger Erfolg tritt. Bei dessen Erklärung kann das Verhalten des Retters nicht mehr durch eine geeignete

31 Vgl. *Samson* (Anm. 7, 8), S. 96 ff., insbes. S. 99; ähnlich *Wolff* (Anm. 6), S. 22 f.

32 Da es sich hier nicht um die Berücksichtigung von Ersatzursachen und fiktiven Kausalverläufen handelt, brauchen wir auch nicht, wie *Samson* (Anm. 7, 8), S. 125 ff., ein zusätzliches Übernahmeprinzip zur Korrektur einiger Ergebnisse seines Intensivierungsprinzips.

Erfolgsbeschreibung eliminiert werden. Wer den auf das Opfer gezielten Schlag auf dessen Fensterscheibe ablenkt, wird kausal für eine Sachbeschädigung. Hier muss die Lösung nach wie vor in der Rechtfertigung des dem Verletzten in dessen eigenem Interesse zugemuteten Opfers gesucht werden.

Praktisch bedeutsam wird diese Erfolgsbestimmung vor allem bei der sog. Abstiftung des Haupttäters von einer qualifizierten oder doch in der Strafzumessung schwerer wiegenden Begehungsweise. Dass man denjenigen, der den Täter von einem Teil des von ihm geplanten Delikts abbringt, nicht wegen Verursachung des Restes verantwortlich machen kann, ist im Ergebnis wohl unbestritten. Aber auf der Grundlage der bisher praktizierten Erfolgsbestimmung findet man kaum befriedigende dogmatische Konstruktionen für dieses Ergebnis.³³

Aber auch für die Fälle der Erfolgssteigerung brauchen wir noch eine zusätzliche Regel der Erfolgsbestimmung. Schon bei der Kritik des Erfolges in seiner ganz konkreten Gestalt hatten wir gesehen, dass die Kausalbeziehung durch die Erfolgsbeschreibung manipulierbar ist. Nehme ich in eine Erfolgsbeschreibung eine Tatsache auf, die durch das Verhalten einer Person kausal zu erklären ist, so kann ich die für die Zurechnung relevante Kausalbeziehung auch zwischen dieser Person und der gesamten Erfolgsbeschreibung herstellen. Das liegt daran, dass wir uns damit begnügen müssen, dass das Verhalten bloß ein (notwendiger) Teil der zureichenden Bedingung ist, dass es also überhaupt in der Kausalerklärung vorkommt. Um diese Manipulierbarkeit zu beseitigen, wird folgende Regel vorgeschlagen: Ein Teilerfolg, der ohne das Verhalten des Täters kausal erklärbar ist, ist aus der Erfolgsbeschreibung zu eliminieren.

Diese Regel bedeutet nicht etwa eine Rückkehr zur notwendigen Bedingung, denn nach wie vor berücksichtigen wir keine Ersatzursachen und bilden keine hypothetischen Kausalverläufe. Wir machen lediglich den Versuch, eine Tatsache ohne Verwertung des zu prüfenden Verhaltens aus anderen wahren Tatsachen nach Kausalgesetzen abzuleiten. Gelingt dies nicht, ist es aber unter Einbeziehung des Verhaltens möglich, dann und nur dann gehört die Tatsache in die Beschreibung des dem Täter zurechenbaren Erfolges.

Dies sei zunächst an unserem Anlageberaterfall vorgeführt. Unser Täter hat erfahren, dass ein falscher Anlageberater sein Opfer unter Vorspiegelung günstiger Kursentwicklungsprognosen zum Ankauf schlechter Aktien überredet hat. Um auch sein eigenes Paket dieser Aktien loswerden zu können, täuscht er ihm nun weiter vor, dass diese Aktien an der Börse so begehrt seien, dass er sich schnell entschließen müsse, wenn er in absehbarer Zeit noch weitere davon erwerben wolle. Daraufhin gibt das Opfer einen einzigen erhöhten Kaufauftrag an seine Hausbank, der genügt, um die Pakete beider

33 Vgl. dazu *Bemmann*, Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, FS Gallas, 1973, S. 273, 275 f.

»Berater« abzusetzen. Fasst man nun, wie es zunächst nahe liegt, den gesamten Schaden des Geprellten zu einem Betrugserfolg zusammen, so findet man, dass er nicht ohne das Verhalten beider Anlageberater erklärt werden kann. Trotzdem wäre es ungerecht, dem zweiten den ganzen Schaden anzulasten, weil für einen Teil davon bereits der falsche Rat des ersten genügt hat. Dagegen wäre es kein Grund, dem zweiten den weiteren Vermögensschaden nicht zuzurechnen, wenn das Opfer ohne seinen Rat sein Geld auf Anraten eines Dritten noch schlechter angelegt hätte.

Praktisch wird das Problem der Erfolgssteigerung wie das der Erfolgsminderung wohl am ehesten bei der Modifikation des Tatentschlusses. Der BGH macht denjenigen, der einen zur Begehung des Grunddelikts bereits Entschlossenen zur Verwirklichung eines qualifizierenden Merkmals anstiftet, bekanntlich wegen Verursachung des Tatentschlusses zum gesamten Qualifikationstatbestand als Anstifter verantwortlich.³⁴ Zu diesem Ergebnis kann man kommen, indem man den gesamten Tatentschluß zu einem Anstiftungserfolg zusammenfasst, zu dessen kausaler Erklärung dann die Anregung zur Qualifikation natürlich nötig ist.³⁵ Aber wie gezeigt, kann man auf solche Weise theoretisch jeden, der irgendeinen Erfolg verursacht hat, für jeden anderen verantwortlich machen, indem man beide durch Konjunktion zu einem einzigen Erfolg zusammenfasst.

Unsere Zusatzregel, dass niemand als Verursacher einer Veränderung gilt, die ohne sein Verhalten kausal zu erklären ist, ergibt hier, dass dem Ratgeber nur die Verursachung des qualifizierenden Umstandes als Anstiftungserfolg zuzurechnen ist. Er kann also als Anstifter nur bestraft werden, wenn dieses Qualifikationsmerkmal außerdem noch einen eigenständigen Tatbestand bildet. Sonst kann sein Tatbeitrag nur als Beihilfe zum Gesamterfolg gewertet werden,³⁶ denn für diese genügt jedenfalls die Mitverursachung eines Teils der Tatbestandsverwirklichung, während der Anstifter nach bisher h. L. den gesamten Tatentschluss verursacht haben muss.^{37, 38}

34 BGHSt 19, 339.

35 So verfährt *Baumann* (Anm. 7), S. 586; auch *Stree*, Bestimmung eines Tatentschlusses zur Haupttat, FS Heinitz, 1972, S. 277 ff., 281 ff.

36 Vgl. *Cramer*, Urteilsanmerkung JZ 1965, 32; *Bemmann* (Anm. 33), S. 278.

37 Vgl. *Cramer*, JZ 1965, 31; *Bemmann* (Anm. 33), S. 275; ebenso *Stree* (Anm. 35), S. 280 f.; wohl auch *Grünwald*, Der praktische Fall, JuS 1965, 311, 313. Der BGH und seine Befürworter könnten allerdings auch dahin interpretiert werden, dass sie diesen Grundsatz preisgeben wollen. Darauf deuten Formulierungen hin, wie der Ratgeber habe »den Tatentschluß wesentlich übersteigert«, vgl. BGHSt 19, 340; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2, 5. Aufl. 1978, S. 247, die deshalb von *Stree* (Anm. 35) auch ausdrücklich abgelehnt werden. Ob dieser Weg gangbar ist, ist ein Spezialproblem der Anstiftung, das hier nicht weiter verfolgt werden kann. Es sei auch darauf hingewiesen, dass die im Text vorgeschlagene Regel der Erfolgsbestimmung lediglich die aufgezeigte Manipulierbarkeit beseiti-

Die Ausscheidung von Ersatzursachen

Die Erkenntnis, dass die *conditio-sine-qua-non*-Formel insofern falsch ist, als sie als Ursachen nur notwendige Erfolgsbedingungen anerkennt, aber nicht hinreichende, hat uns in den Stand gesetzt, Kausalität auch da festzustellen, wo Reserveursachen bereitstehen, die bei Wegfall der wirklichen Ursache den gleichen Erfolg herbeigeführt hätten. Nun sind aber diese Reserveursachen ebenfalls nach Kausalgesetzen hinreichende Bedingungen für den Erfolg. Wäre unsere bisherige Explikation der Ursache vollständig, so gäbe es also keinen Unterschied zwischen einer Ursache und einer sogen. Ersatzursache, so dass auch derjenige, der eine Reserveursache gesetzt hat, kausal für den Erfolg wäre, weil er eine hinreichende Bedingung dafür herbeigeführt hat, dass der Erfolg eintreten wird.

Lassen wir es hier entsprechend der Zielsetzung dieser Arbeit dahingestellt, ob das ein taugliches und gerechtes Zurechnungsprinzip wäre und halten wir uns daran, dass wir uns weder für eine naturwissenschaftliche Kausalerklärung noch für eine rechtliche Zurechnung mit der Setzung einer Ersatzursache begnügen, so stellt sich die Frage, wie wir die wirklichen Ursachen von den Ersatzursachen überhaupt unterscheiden können. Brauchen wir zur Erklärung dieses Unterschiedes nicht doch einen Begriff der Kraft als Ursache und zu seiner Auffindung nicht doch beliebige weitere Bestimmungselemente des Erfolges, also einen »Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt«? Es wird sich zeigen, dass wir dazu zwar verschiedenste weitere Tatsachen verwerten müssen, diese aber deshalb nicht in die Erfolgsbeschreibung einzubeziehen brauchen und dass wir zwar eine bestimmte Eigenschaft von Kausalgesetzen brauchen, die in einer Bestimmung der Ursache als Kraft impliziert wäre, nicht aber diesen Kraftbegriff selbst.

Dies ist die Eigenschaft der Kausalgesetze, sog. Nahwirkungsgesetze zu sein, also zunächst zeitlich und örtlich benachbarte Zustände bzw. Veränderungen zu verknüpfen.³⁹ Zeitlich und örtlich entfernte Ereignisse können also nur über sie verbindende Zwischenstadien kausal miteinander verknüpft

gen soll und nicht etwa generell das Problem der Tatidentität bei Änderung des Tatenschlusses lösen soll.

38 *Der Text geht von der h. L. zum objektiven Tatbestand der Anstiftung als Verursachung eines irgendwann vor Tatbeginn vom Täter »gefassten« Tatenschlusses aus. Nach der Lehre vom Unrechtspakt ist das Ergebnis des BGH dann richtig, wenn der »Anstifter« sich nicht darauf beschränkt, dem Täter eine qualifizierte Begehungsvariante zu empfehlen, sondern über die Tat als ganze mit ihm einen Unrechtspakt eingeht, Puppe AT/2, 41/8 ff.*

39 Dieses Nahwirkungserfordernis ist impliziert in der Annahme, dass alle Vorgänge eine endliche Ausbreitungsgeschwindigkeit haben. Die physikalische Konstante der Lichtgeschwindigkeit als höchste mögliche Geschwindigkeit wäre obsolet, wenn wir Fernwirkungen für möglich hielten; vgl. dazu *Stegmüller* (Anm. 2), S. 459.

werden. Wir betrachten ein Ereignis durch ein erheblich früheres oder örtlich entferntes nicht schon dann als vollständig kausal erklärt, wenn ein allgemeiner Satz angegeben wird, wonach das letztere hinreichende Bedingung des ersteren ist. Wir fragen vielmehr weiter, auf welchem Wege, d. h. über welche zeitlich und örtlich benachbarten Ereignisse, Ursache und Erfolg miteinander verknüpft sind, und zwar dadurch, dass das jeweils frühere Stadium hinreichende Bedingung des späteren ist. So erhalten wir Ursachenketten und eine sog. genetische Kausalerklärung.⁴⁰

Deshalb betrachten wir eine kausale Verknüpfung nicht schon dann als richtig, wenn Antezedens und Konsequenz wahr sind und es eine Regel gibt, nach der das Antezedens zureichende Bedingung für das Konsequenz ist. Wir verlangen vielmehr bei zeitlicher oder örtlicher Entfernung außerdem, dass auch die Zwischenstadien gegeben sind, die die beiden entfernten Ereignisse verbinden. Finden wir, dass auch nur ein Teil dieser vermittelnden Veränderungen nicht geschehen sind, so werden wir die Kausalerklärungen als falsch verwerfen und uns nach anderen Ereignissen und anderen Naturgesetzen umsehen, auf die wir den Erfolg zurückführen können. Deshalb hatten wir uns oben S. 107 darauf berufen, dass man Ersatzursachen dadurch ausschließen könne, dass man sich bei der Kausalerklärung strikt an die Wirklichkeit hält⁴¹ und hatten die Regel aufgestellt, dass Ersatzursachen daran zu erkennen sind, dass ein Teil der Antezedenzen, die Bedingung und Erfolg gesetzmäßig verknüpfen, nicht wahr sind.

Das ist eigentlich gemeint, wenn *Hartmann*⁴² und andere bei der Kausalerklärung den Weg oder die Art und Weise berücksichtigen wollen, auf die der Erfolg eingetreten ist.

Nehmen wir an, wir hätten zu prüfen, ob ein Bombenleger kausal für die Zerstörung eines Hauses geworden ist. Wir finden zunächst, dass die Bombe groß genug war, um das Haus auseinanderzusprengen und dass ihr Zündmechanismus funktionstüchtig war. Trotzdem werden wir den Einsturz des Hauses nicht mit der Handlung des Bombenlegers kausal erklären, wenn wir feststellen, dass es kurz davor keine Explosion gegeben hat, obwohl der Bombenleger eine nach Naturgesetzen hinreichende Bedingung für den Hauseinsturz gesetzt hat. Denn die Niederlegung der Bombe zwei Stunden vor dem Einsturz ist mit diesem nicht unmittelbar durch ein Nahwirkungsgesetz zu verbinden, sondern nur über eine Reihe von aufeinander folgenden Veränderungen wie die Auslösung der Zündung, chemische Reaktionen des

40 Instruktiv zu den Kausalketten und ihren möglichen Verknüpfungen *Walder* (Anm. 27), S. 127 f.; zur genetischen Kausalerklärung *Stegmüller* (Anm. 2), S. 117 ff.

41 Vgl. dazu auch *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 200 ff., 207 f.

42 Siehe oben Anm. 16.

Sprengstoffes, eine Druckwelle usw. Wir werden also nach anderen Einsturzursachen forschen und etwa finden, dass der Untergrund durch Bergbau ausgehöhlt war, so dass das Haus langsam schräg absank, sich Risse in tragenden Wänden bildeten, bis diese schließlich zusammenbrachen.

Nun liegt der Einwand nahe, wir hätten nichts weiter getan, als diejenigen Tatsachen, die die h. L. in den Erfolg »in seiner ganz konkreten Gestalt« einbezieht, um Ursachen und Reserveursachen zu unterscheiden, aus der Erfolgsbeschreibung in die Beschreibung des Kausalverlaufs verlegt und operierten nun statt mit einem Erfolg mit einem Kausalverlauf »in seiner ganz konkreten Gestalt«. Wir wären damit dem gleichen Vorwurf des Zirkelschlusses und der Manipulierbarkeit ausgesetzt, den wir der h. L. machen. Wir können diesem Einwand nur begegnen, indem wir die Regeln angeben, nach denen sich entscheidet, ob eine Tatsache in die Beschreibung des Kausalverlaufs aufzunehmen ist oder nicht.

Unsere Ausgangssituation ist, dass mehrere, verschiedene, nach Naturgesetzen hinreichende Bedingungen für den Erfolg tatsächlich gegeben sind und damit die Frage auftritt, welche davon Ursachen und welche nur Ersatzursachen sind, wobei die Möglichkeit kumulativer Kausalität nicht ausgeschlossen ist. Wenn wir jetzt zu genetischen Kausalerklärungen übergehen, um zu prüfen, ob auch die jeweiligen Zwischenstadien gegeben waren, die die in Betracht gezogenen Kausalerklärungen stillschweigend mit enthalten, so gilt auch hier, dass zu einem Zwischenstadium nur Tatsachen gehören, die notwendiger Bestandteil der zureichenden Bedingung für das folgende Zwischenstadium sind usw. bis zum Erfolg, dessen Beschreibung ja genormt ist. Damit ist jede dieser Tatsachen auch notwendiger Bestandteil der hinreichenden Bedingung für den Erfolg. Die genetische Erklärung wird also zweckmäßig vom Erfolg aus in der Zeit rückwärtsgehend entwickelt.

Auch hier kann die Notwendigkeit einer Tatsache dadurch überprüft werden, dass sie aus der genetischen Erklärung gestrichen und dann geprüft wird, ob der Erfolg aus den verbleibenden Sätzen ableitbar ist. So kann ich den Einsturz des Hauses aus der Anbringung der Bombe nicht nach Naturgesetzen genetisch erklären, ohne zu behaupten, dass vor dem Einsturz eine Explosion stattgefunden hat. Habe ich dagegen in meine ursprüngliche Beschreibung des Kausalverlaufs etwa die Tatsache aufgenommen, dass zur Zeit der Explosion in dem Haus eine Temperatur von mehr als 0° C geherrscht hat, so wird mich der Experte u. U. belehren, dass der verwendete Zünder temperaturunabhängig arbeitete und ich diese Tatsache aus der Verlaufsbeschreibung streichen muss. Stelle ich nun fest, dass eine in diesem Sinne für die genetische Kausalerklärung eines Erfolges aus einer menschlichen Handlung notwendige Tatsache nicht gegeben war, so hat sich die Handlung als bloße Ersatzursache erwiesen, auch wenn sie in Verbindung mit anderen gegebenen Tatsachen nach Naturgesetzen hinreichende Bedingung für den Erfolg ist.

Aber eine Fehlerquelle haben wir bei dieser Notwendigkeitsprüfung bisher unberücksichtigt gelassen: Wir haben ja mehrere hinreichende gesetzmäßige Bedingungen, müssen also zunächst die verschiedenen Klassen von Tatsachen trennen, die zu den entsprechenden genetischen Kausalerklärungen gehören, innerhalb deren dann die geschilderte Notwendigkeitsprüfung erfolgen kann. Machen wir das Problem wieder an unserem Beispiel deutlich. Man könnte bestreiten, dass eine Explosion notwendig sei, um den Einsturz des Hauses durch die Niederlegung der Bombe zu erklären, indem man darauf hinweist, dass das Haus schief stand und bereits klaffende Mauerrisse zeigte. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Niederlegung der Bombe in einer Kausalerklärung für den Hauseinsturz überflüssig ist, in der die Absenkung oder die Mauerrisse vorkommen. Tatsachen, die die zu prüfende Handlung selbst überflüssig machen würden, dürfen also in die genetische Erklärung nicht aufgenommen werden.

Fassen wir zusammen: Der Unterschied zwischen der *conditio-sine-quan-*non-Formel und dem hier entwickelten Verfahren der Kausalitätsfeststellung besteht zunächst darin, dass nach der Formel die Handlung notwendig sein muss, um den Erfolg überhaupt kausal zu erklären, m. a. W. notwendig innerhalb der Klasse aller gegebenen Tatsachen. Wie die Fälle kumulativer Kausalität zeigen, genügt es aber, wenn die Handlung notwendig innerhalb einer Unterklasse aller gegebenen Tatsachen ist. Im Falle der kumulativen Kausalität gibt es mehrere solcher Klassen. Eine Ersatzursache ist notwendiger Bestandteil einer genetischen Kausalerklärung durch eine Klasse von Sätzen, die teilweise nicht wahr sind.

Oft werden nicht die noch unbekanntesten Vorstadien, sondern die Begleitumstände des Erfolges, vor allem der Zeitpunkt seines Eintritts, Indizien dafür liefern, ob eine Handlung, die nach Naturgesetzen hinreichende Bedingung für den Erfolg ist, im konkreten Fall Ursache oder nur Ersatzursache ist. Die Begleitumstände können nämlich einen Rückschluss auf die Vorstadien erlauben, der dann ergibt, dass einer der Bestandteile derjenigen genetischen Kausalerklärung, in der die Handlung als notwendiges Element auftritt, nicht gegeben war. Beliebige Begleitumstände des Erfolges können in dieser Weise als Indizien dafür dienen, ob eine Handlung Ursache oder Ersatzursache des Erfolges ist. Es ist dafür weder notwendig noch auch nur nützlich, diese Begleiterscheinungen in die Erfolgsbeschreibung selbst einzubeziehen, wie es die Lehre vom Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt tun zu müssen glaubt, um Ersatzursachen auszuschneiden.

Die Berufung auf die Verursachung des Erfolges »in seiner ganz konkreten Gestalt« und insbesondere auf die Maßgeblichkeit des Erfolgszeitpunktes, vor allem bei Tötungsdelikten, hat zur Konfundierung zweier verschiedener Konstellationen geführt: der Fälle, in denen der Täter nur Einfluss auf den Erfolgszeitpunkt ausgeübt hat und derjenigen, in denen er den Erfolg verursacht hat, aber eine Ersatzursache den gleichen Erfolg zu einem mehr oder

weniger abweichenden Zeitpunkt herbeigeführt hätte.⁴³ Wer sich zur Begründung der Kausalität dessen, der einen Todkranken vergiftet, darauf berufen zu müssen glaubt, dass eine noch so kurze Lebensspanne den vollen Schutz des Strafrechts genießt⁴⁴ oder dass jeder Erfolg ohnehin nur als Verkürzung der Bestandsdauer des Rechtsgutsobjekts zu verstehen ist,⁴⁵ muss die Konsequenz ziehen, dass derjenige, der dem Täter auf dem Wege zum Tatort die Vorfahrt einräumt, den tatbestandmäßigen Erfolg verursacht.

Aber die Frage, ob die tatbestandlichen Erfolgsbeschreibungen i. S. einer Bestandszeitverkürzung verstanden werden können und sollen und ob das für alle Erfolgsdelikte gleichermaßen gelten soll – am ehesten leuchtet es bei den Tötungsdelikten ein –, ist vom Problem der Ersatzursachen zu trennen. Die Fälle der Ersatzursachen liefern jedenfalls kein Argument für die Richtigkeit eines solchen Erfolgsverständnisses; ihre richtige Lösung hängt nicht davon ab, ob man eine Zeitangabe in die Erfolgsbeschreibung aufnimmt oder nicht.

Wie gesagt, gehören in eine genetische Kausalerklärung vor dem Folgeseintritt gegebene Tatsachen nur insoweit, als sie zur kausalen Erklärung des jeweils nächsten Stadiums des Verlaufs notwendig sind. Das ist besonders zu beachten, wenn in der Verlaufsbeschreibung quantitative Angaben vorkommen. Ein Naturwissenschaftler würde diese Angaben so genau wie möglich machen. Folgen wir aber seinem Beispiel, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass Bestandteil der Kausalerklärung jedes Verhalten wird, das an diesen quantitativen Angaben etwas geändert hat, auch wenn der Eintritt des Erfolges in keiner Weise davon abhing. Wir dürfen also die quantitativen Angaben nicht genauer machen als für die Erklärung des Erfolges notwendig.

Die genaue Lage der Bombe in dem Haus braucht nicht angegeben zu werden, so dass die Handlung dessen, der sie nach ihrer Deponierung in einem Raum in einen anderen verlegt hat, ohne dass dies für ihre Explosionswirkung einen Unterschied gemacht hat, nicht Mitursache des Hauseinsturzes ist.

Auch die Stärke einer Einwirkung braucht nur mit dem Mindestgrad angegeben zu werden, der für die Herbeiführung des Erfolges (natürlich in seinem genauen Ausmaß) nötig war. Wer diese Mindeststärke erhöht hat, kann dann von vornherein aus der Kausalerklärung herausgehalten werden. Nach dieser Regel ist folgender von *A. E. Wolff* gebildeter Fall⁴⁶ zu lösen:

43 Vgl. etwa *Schönke/Schröder-Lenckner* (Anm. 7), Vor § 13 Rn. 81; *Rudolphi*, SK (Anm. 7), Vor § 1, Rn. 46; *Heimann-Trosien* (Anm. 7), Einleitung, Rn. 101; *Blei* (Anm. 7), S. 78; *Maurach/Zipf* (Anm. 7), S. 269; *Wessels*, Urteilsanmerkung JZ 1967, 449; *Walder* (Anm. 27), S. 133.

44 So *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allg. Teil, 1. Aufl. 8/75; anders jedoch die 2. Aufl.

45 Zuletzt hat *Samson* (Anm. 7, 8), S. 97 ff. eine solche Erfolgsbestimmung vertreten, allerdings nicht für die Kausalitätsfeststellung, sondern für sein – die Haftung für die festgestellte Verursachung einschränkendes – Intensivierungsprinzip.

46 Vgl. zu diesem Fall *Wolff* (Anm. 6), S. 23.

Ein Arbeiter hat sich an einer Stanzmaschine einen Finger abgeklemmt, die der Werkmeister kurz zuvor auf stärkeres Blech eingestellt hat. Man kommt zur Ursächlichkeit der Handlung des Meisters, wenn man in die Beschreibung des Kausalverlaufs die genaue Angabe der Kraft der Maschine in Kilopond aufnimmt. Aber ob die Maschine auf diese oder eine geringere Blechstärke eingestellt war, spielt, so sei unterstellt, keine Rolle dafür, ob der Finger abgeklemmt wurde oder nicht, denn dazu hätte auch die geringste einstellbare Kraft von x kp ausgereicht. Wir brauchen das Verhalten des Meisters für die Erklärung des Kausalverlaufes nicht mehr, wenn wir statt der genauen Kraftangabe eine Mindestangabe in die Kausalerklärung einsetzen, also schreiben: Die Maschine hat mit einer Kraft von x kp oder mehr auf den Finger gedrückt. Denn um dieses Zwischenstadium seinerseits zu erklären, brauchen wir nur zu wissen, dass die Maschine nicht auf weniger als x kp einstellbar war. Die Veränderung an der Einstellung durch den Werkmeister kommt in dieser Kausalerklärung gar nicht mehr vor.

Mit dem Verzicht auf optimale Genauigkeit in den Angaben nehmen wir allerdings für einzelne Fälle eine Abgrenzungsschwierigkeit zwischen verschiedenen Kausalverläufen und damit zwischen Ursachen und Ersatzursachen in Kauf. Es kann nämlich problematisch werden, ob der Täter an die Stelle eines bereits angelegten Kausalverlaufs einen anderen gesetzt hat oder lediglich eine für die Kausalerklärung irrelevante Veränderung eines vor Erfolgseintritt gegebenen Umstandes bewirkt hat, der gar nicht notwendiger Bestandteil der zureichenden Erfolgsbedingung war.

Das Problem lässt sich an zwei Varianten des Fußballspielerfalles verdeutlichen: Nehmen wir zunächst an, es wäre dem Torwart nicht gelungen, den Ball abzuwehren, er hätte ihn lediglich mit dem Kopf gestreift und damit seine Flugbahn etwas verändert. Aber auch ohne diese Berührung hätte der Ball erst die rückwärtige Wand und dann das Fenster gegenüber getroffen. Wenn wir die Vorstadien dieses Erfolges so genau wie möglich beschreiben wollen, müssen wir natürlich auch die jeweilige Position des Balles exakt angeben. Um diese dann kausal zu erklären, ist die Kopfabwehr des Tormannes notwendig. Wir können aber auch statt der genauen Bahn des Balles eine Bahnenschar angeben, innerhalb deren sich der Ball bewegt haben muss, um die Scheibe zu treffen. Diese wäre bestimmt durch die Positionen von Schütze, Mauer und Fenster, den Abschusswinkel und die Größe von Mauer und Fensterscheibe. In dieser Verlaufsbeschreibung brauchte die Berührung des Balles durch den Torwart nicht mehr vorzukommen. Wohl gemerkt unterstellen wir dabei nicht einen fiktiven Bahnverlauf, wie er ohne die Kopfabwehr zustande gekommen wäre, wir machen unsere Angaben über die Ballposition lediglich nicht bestimmter, als es für die Erklärung der Zerstörung der Scheibe notwendig ist.

Dieses Ergebnis ist plausibel, wie aber, wenn die Kopfabwehr gelingt, der Ball also direkt vom Kopf des Torwarts in die Scheibe fliegt, ohne die Wand

zu berühren? Wir könnten jetzt die Angaben über die Ballposition so ungenau fassen, die Schar von Flugbahnen also so groß machen, dass sowohl Bahnen mit, als auch solche ohne Berührung mit der Mauer darunter fallen. Damit dürfte aber die Grenze zwischen bloß ungenauer Angabe der gegebenen Zwischenstadien und einer Zusammenfassung der wirklich gegebenen mit nicht gegebenen Zwischenstadien unter Oberbegriffen überschritten sein. Es versteht sich, dass dies keine scharfe und erst recht keine logisch bestimmte Unterscheidung ist. Jede unbestimmte Angabe ist eine Art Oberbegriff, unter den die bestimmteren Angaben fallen. Strukturell hat das Problem Ähnlichkeit mit der Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen im Kausalverlauf. Es ist kein allgemeines theoretisches Problem der Kausalerklärung, sondern ein spezifisch juristisches. Denn nur für den Juristen ist die Frage entscheidend, ob in eine Kausalerklärung eine bestimmte gegebene Tatsache einzubeziehen ist oder nicht. Der Naturwissenschaftler wird die quantitativen Angaben in seinen Beschreibungen von Kausalverläufen stets so genau wie irgend möglich machen, unbekümmert darum, ob sich dadurch der Kreis der einbezogenen Tatsachen vergrößert.

»Negative Bedingungen« als Ursachen

Die Allgemeingültigkeit der Kausalbeziehung als Grundvoraussetzung jeder Erfolgszurechnung hängt davon ab, ob in einer Kausalerklärung Negationen vorkommen dürfen, denn bei der Verhinderung rettender Kausalverläufe und bei den Unterlassungsdelikten ist die Verknüpfung des Erfolges mit dem Verhalten des Täters nur über Negationen möglich. *Engisch* trug dagegen keine Bedenken,⁴⁷ aber andere Juristen haben es entschieden abgelehnt⁴⁸ und es deshalb für notwendig gehalten, für die Unterlassungsdelikte und die Verhinderung rettender Kausalverläufe neue Erklärungsmodelle zu entwickeln⁴⁹

47 Vgl. *Engisch* (Anm. 7), S. 28; zustimmend *Rudolphi*, SK (Anm. 7), Vor § 1, Rn. 43; wohl auch *Samson* (Anm. 7, 8), S. 32; im Prinzip auch *Armin Kaufmann*, Zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 60.

48 Vgl. *Arthur Kaufmann* (Anm. 41), S. 214; *Wolff* (Anm. 6), S. 12, Fn. 4, S. 18, Fn. 24; *Philipps* (Anm. 20), S. 101, Fn. 128; *Walder* (Anm. 27), S. 123, 152 ff.

49 So *Philipps* (Anm. 20), S. 103 ff., unter Heranziehung funktionaler Erklärungen und *Walder* (Anm. 27), S. 121 f., 152 ff., für die Unterlassungsdelikte, indem er hier die Garantenbeziehung an die Stelle der Kausalbeziehung als erster Zurechnungsvoraussetzung setzt. Auch *Armin Kaufmann* (Anm. 47), S. 61, hält für die Unterlassung ein anderes Zurechnungsmodell aufgrund einer Quasi-Kausalität für erforderlich, denn es genüge nicht die Kausalität des Unterlassens. »Die Kausalfrage, die uns innerhalb der *Verhaltenslehre* allein interessiert, ist die nach der *Kausalität des Menschen*« (Hervorhebung im Original). Aber diese Fragestellung ist mindestens falsch formuliert. Der Mensch kann nicht Ursache einer Tatsache (Erfolg, Veränderung) sein, weil Tatsachen nur aus Tatsachen abzuleiten sind, nicht aus Individuen, vgl. *Carnap* (Anm. 20), S. 190. Unter »Kausalität des Men-

oder zur klassischen *conditio-sine-qua-non*-Formel und damit zum hypothetischen Eliminationsverfahren zurückzukehren.⁵⁰ Diesmal wird die zu prüfende Tatsache aber nicht einfach »hinweggedacht«, also die entsprechende Frage unbestimmt gelassen, sie wird vielmehr hypothetisch durch ihre Negation ersetzt. Da diese Tatsache selbst eine Negation ist, erhält man dadurch eine Position, die man nun in einem hypothetischen (genauer irrealen) Kausalverlauf einzubeziehen keine Bedenken mehr hat.

Es scheint, dass diese Abneigung der Juristen gegen Negationen in Kausalerklärungen letztlich nur auf die intuitive Bindung an die metaphysische Vorstellung von der Ursache als Kraft oder Agens zurückzuführen ist, wie sie sich etwa in dem Topos ausdrückt: »Von nichts kommt nichts.« Man hat den Eindruck, man brauche die Negation nicht zur kausalen Erklärung eines Ereignisses, z. B. nicht die Tatsache, dass das auf den Ertrinkenden zutreibende Brett diesen nicht erreicht habe, weil es der Täter weggezogen hat. Für die Erklärung des Todes genüge, dass dieser in den Fluss fiel, die Strömung ihn mitriss, er Wasser einatmete usw., während das Brett gar nicht in Beziehung mit dem Geschehen getreten sei, weil der Täter dies verhindert habe.⁵¹ Der Eindruck entsteht aber nur dadurch, dass man für die kausale Erklärung von vornherein nur positive Tatsachen oder gar nur »dynamische« zulässt,⁵² also

schen« kann also nichts anderes verstanden werden als Kausalität menschlichen Verhaltens oder eben der Negation menschlichen Verhaltens. Eine andere Frage ist die nach denjenigen Beziehungen zwischen Unterlassung und Unterlassendem, auf denen ein Unrechts- oder Schuldurteil beruhen könnte.

50 So *Wolff* (Anm. 6), S. 30 f., 55; *Walder* (Anm. 27), S. 140, jedenfalls für den Abbruch rettender Kausalverläufe.

51 So etwa *Wolff* (Anm. 6), S. 18.

52 *Walder* (Anm. 27), S. 123, geht dabei insofern korrekt vor, als er ausdrücklich festlegt, dass er als Ursachen wie als Erfolge nur Veränderungen und nicht Zustände zulassen will, womit Negationen ausgeschlossen sind, nicht etwa, weil sie »nichts«, sondern weil sie eben keine Veränderungen sind. Aber er gibt auch zu, dass dies eine definitorische Festlegung ist. Festlegungen unterliegen nur dem Maßstab der Zweckmäßigkeit, und diese ist für die Kausalität gerade als Grundbeziehung der Erfolgsszurechnung unzweckmäßig. Aber auch die Wissenschaftstheorie beschränkt ihren Ursachenbegriff nicht auf Veränderungen, vgl. *Stegmüller* (Anm. 2), S. 433; *Carnap* (Anm. 20), S. 190.

In seiner jüngst erschienenen Schrift *Kausalität und Strafrecht* lehnt dagegen *Maiwald* die Aufnahme von Negationen in Kausalerklärungen im Strafrecht ab, obwohl er ausdrücklich anerkennt, dass sie logisch einwandfrei möglich ist. Denn er hält sie gerade für unzweckmäßig, weil sie den Unterschied zwischen Tun und Unterlassen einebnet. Aber der für das Strafrecht und seine Verhaltensnormen wesentliche Unterschied zwischen Einsatz und Nichteinsatz der Person bleibt ungeschmälert erhalten, auch wenn man beide in kausale Erklärungen einbezieht. Andererseits könnte dann die Kausalität das gemeinsame Element der Erfolgsszurechnung bei Tun und Unterlassen bleiben. Außerdem zeigen die Verhinderungen

solche, die man sich als das unmittelbare Angreifen einer Kraft an einem Objekt vorstellen kann.

Bei der Argumentation gegen die Einbeziehung von Negationen unterläuft dann auch noch eine Vertauschung zwischen der Negation und dem Negat. So wenn gefragt wird: »Wie sollte etwas, das nicht ist, teilhaben an den Strukturen, die etwas Wirkliches hervorbringen«?⁵³ Das, was nicht ist, ist das Negat, nicht die Negation. Diese ist »etwas Wirkliches«, insofern als der Satz, in dem das Wort »nicht« vorkommt, wahr ist.⁵⁴ Es ist nicht ersichtlich, in welchem Sinne die Bedeutungen wahrer Negationssätze weniger »Wirklichkeit« sein sollten, als die von Sätzen, in denen das Wort »nicht« nicht vorkommt. Wir haben, und zwar für spezifisch juristische Zurechnungszwecke, die Ursache bestimmt als Tatsache, die nach Kausalgesetzen Bestandteil einer wahren Minimalbedingung des Erfolges ist. Unter diese Bestimmung fallen ohne weiteres auch »negative« Tatsachen. Wir können sie also solange als Ursachen anerkennen, als nicht dargetan ist, dass diese Bestimmung in sich widersprüchlich, unzweckmäßig oder inadäquat ist. Sie erscheint jedenfalls für die juristische Zurechnung zweckmäßiger und unseren Vorstellungen von der Grundbeziehung zwischen Täter und Erfolg adäquater als ein Begriff von einer Kraft oder einem Agens als Ursache. Das geben selbst die Gegner der Einbeziehung der Negation in Kausalerklärungen letztlich zu, indem sie bei dem Abbruch rettender Kausalverläufe und beim Unterlassungsdelikt die Zurechnung letztlich doch auf eine »negative Tatsache« gründen.

Ein anderer naheliegender Einwand gegen Negationen in Kausalerklärungen ist der, dass man sich für jeden Erfolg beliebig viele mögliche und unmögliche Tatsachen ausdenken könnte, die ihn nach Naturgesetzen verhindern hätten und dass nun die Negationen all dieser Tatsachen in die Erklärung einbezogen werden müssten. Eine vollständige Erklärung würde dadurch praktisch unmöglich.

In einer Welt sind immer viel mehr Negationen wahr als Positionen. Denn jede Position schließt eine Unzahl anderer Positionen aus, macht also deren Negationen wahr. Deshalb vermehren sich die Sätze, die zu einer vollständigen hinreichenden Erfolgsbedingung gehören, durch die Zulassung von Negationen unendlich.

Dem können wir aber nicht dadurch abhelfen, dass wir die Negationen generell weglassen. Sonst würden unsere Erklärungen in all den Fällen falsch, in denen sog. störende Bedingungen vorliegen. Denn deren Negation ist in

rettender Kausalverläufe, dass von einem Ausschluss von Negationen aus Kausalerklärungen auch Fälle positiven Tuns betroffen wären.

53 So *Wolff* (Anm. 6), S. 12, Fn. 4, unter Berufung auf Nicolai *Hartmann*.

54 Zu Unrecht wirft daher *Philipps* (Anm. 20), S. 101, Fn. 128, *Engisch* vor, er habe »nicht erkannt, dass das Schema – gemeint ist das der Kausalerklärung – bei der Zurechnung ›des Erfolgs‹ einer Unterlassung in ganz anderer Weise (*contrafaktual*) angewandt wird« (Hervorhebung vom Verf.).

unserer Erklärung ja nicht vorausgesetzt.⁵⁵ Nehmen wir wieder eine Variante des Fußballspielerfalles. Der Ball, vom Stürmer getreten, fliegt direkt auf das Schaufenster zu. Unser Naturgesetz lautet: Wenn ein Ball von der Position P_1 mit der Kraft K_1 im Winkel X° getreten wird, und sich in Position P_2 eine Glasscheibe befindet, dann zerschlägt der Ball die Scheibe. Aus diesem Gesetz und der Tatsache, dass der Ball wie angegeben getreten wurde, folgt logisch die Zerstörung der Scheibe. Diese Erklärung ist aber nur unter der Prämisse richtig, dass sich nicht ein Hindernis, etwa ein Verkehrsschild, in der Flugbahn des Balles befand. Lassen wir diese Negation in unserer Kausalerklärung weg, so wird diese unrichtig. Das zeigt sich dann, wenn sich tatsächlich ein Hindernis in der Flugbahn befindet. Wird nun das Schaufenster zerschlagen, etwa durch einen Betrunknen mit einem Regenschirm, so besteht trotzdem die Möglichkeit, die Sachbeschädigung durch den Schuss des Fußballspielers zu erklären, wenn man die genannte negative Bedingung nicht in das Antezedens einbezieht.

Negationen sind also für vollständige Kausalerklärungen nicht nur zulässig, sondern unerlässlich. Dass vollständige Kausalerklärungen praktisch unmöglich sind, liegt im Übrigen nicht allein an den in ihnen vorkommenden Negationen. Auch wenn man sich auf die positiven Sätze beschränkte, wäre die vollständige Aufzählung aller in einer Kausalerklärung vorausgesetzten Bedingungen unmöglich. In der Praxis gegebene Kausalerklärungen sind in der Regel geradezu rudimentär und richten sich in der Auswahl der angegebenen Bedingungen ganz nach den aktuellen Interessen und der Aufmerksamkeit des Erklärenden.⁵⁶

Bei Kausalerklärungen zu juristischen Zwecken richtet sich dieses Interesse von vornherein auf menschliche Handlungen, und zwar meist auf solche, die in einem nicht allzu großen Zeitabstand vom Erfolg geschehen sind und wenigstens möglicherweise sozial inadäquat waren. Die Kausalität der Mutter des Mörders wird bei der Erklärung eines Mordes ebenso wenig angeführt wie die des Produzenten der Mordwaffe. Es ist also gar nichts allein für die Einbeziehung von Negationen in Kausalerklärungen Charakteristisches, dass eine Vorauswahl der als Ursachen angeführten Tatsachen stattfindet.

Die in eine Kausalerklärung einbezogenen Negationen können Verneinungen menschlicher Handlungen sein, an die die Zurechnung anknüpft, so bei den unechten Unterlassungsdelikten oder Negationen anderer Tatsachen, die ihrerseits auf menschliche Handlungen zurückzuführen sind, so bei der Verhinderung rettender Kausalverläufe.

⁵⁵ Näher hierzu *Stegmüller* (Anm. 2), S. 145 ff.

⁵⁶ Vgl. *Stegmüller* (Anm. 2), S. 434 ff.; *Carnap* (Anm. 20), S. 190 ff.

Die Kausalität des Unterlassens

Wenden wir uns zunächst der Unterlassung zu. Obwohl die Ursächlichkeit der Verhinderung rettender Kausalverläufe noch einleuchtender erscheint als die einer Unterlassung, ist letztere doch insofern einfacher zu erklären, als die negative Bedingung selbst nicht weiter auf Ursachen zurückgeführt zu werden braucht. Eine Negation ist eine zureichende gesetzmäßige Bedingung eines Erfolges, wenn die entsprechende Position bei im Übrigen unveränderten Antezedenzen nach Kausalgesetzen notwendige Bedingung für sein Ausbleiben ist.⁵⁷ Das ist für uns eine unangenehme Entdeckung. Bleiben wir nämlich auch für die Unterlassung dabei, dass eine hinreichende Bedingung für die Erfolgszurechnung genügt, so bedarf es anscheinend nicht mehr des Nachweises, dass die unterlassene Handlung den Erfolg verhindert hätte. Es genügt die Feststellung, dass er jedenfalls ohne diese Handlung nicht zu verhindern war. Der Vater, der es versäumt, einen Arzt zu seinem plötzlich erkrankten Kind zu rufen, setzt eine hinreichende negative Bedingung für dessen Tod auch dann, wenn nicht sicher ist, ob der Arzt es hätte retten können.

Wir hatten aber zu Anfang der Untersuchung gesehen, dass wir für die kausale Erklärung nicht irgendeine zureichende Bedingung angeben dürfen, sondern nur eine zureichende Mindestbedingung, d. h. wir dürfen in die Erklärung nicht mehr Tatsachen einbeziehen, als wir für die Ableitung des Erfolges aus Kausalgesetzen brauchen. Ein positiv formulierter Satz ist umso stärker, d. h. sagt um so mehr über die Wirklichkeit aus, je mehr Bestimmungen er aufweist. Der Satz: »Gestern Nachmittag um 15 Uhr ging in Bonn an der Kreuzung Adenauerallee/Weberstraße ein Strafrechtsprofessor bei Rot über die Straße«, sagt mehr aus als der Satz: »Irgendwann ging irgendwo einer bei Rot über eine Straße.« Verneinen wir die beiden Sätze, so ist das Verhältnis genau umgekehrt. Der Satz: »Es stimmt nicht, dass gestern Nachmittag um 15 Uhr in Bonn an der Kreuzung Adenauerallee/Weberstraße ein Strafrechtsprofessor bei Rot über die Straße ging« ist z. B. bereits dann wahr, wenn es ein Öffentlichrechtler oder 16 Uhr war, aber nicht der Satz: »Es stimmt nicht, dass irgendwann irgendwo jemand bei Rot über eine Straße ging.« Um also eine negative Mindestbedingung anzugeben, müssen wir das Negat mit so viel Bestimmungen versehen, als möglich ist, ohne dass es auf-

57 Hier ist der Beweis durch Wahrheitstrix

p	q	-p	-q	-p → q	p ← -q
W	W	F	F	W	W
W	F	F	W	W	W
F	W	W	F	W	W
F	F	W	W	F	F

Zwei Sätze sind äquivalent, wenn sie unter den gleichen Voraussetzungen wahr und falsch sind.

hört, zureichende Bedingung für den Erfolgseintritt zu sein. In unserem Beispielfall ist also die zureichende Mindestbedingung für den Tod des erkrankten Kindes, dass der Vater nicht einen zu dessen Rettung fähigen Arzt herbeigerufen hat. Gab es einen solchen nicht, so war dem Vater diese Handlung unmöglich, er haftet also nicht für den Erfolg.

Nun könnte man einwenden, dass für den Fall der Ungewissheit darüber, ob medizinische Hilfe das Kind gerettet hätte, diese Bestimmung nicht eingeführt werden darf. Denn dann haben wir eben keine Kausalgesetze, die die so formulierte Negation als hinreichende Bedingung ausweisen, sondern können aus Kausalgesetzen nur ableiten, dass jedenfalls die Nichtbeziehung eines Arztes hinreichend für den Todeseintritt war. Zweifel im Bereich der Kausalgesetze dürfen aber nicht zu Lasten des Angeklagten gehen.⁵⁸ Wir dürfen also, wo wir nicht sicher sind, ob eine Bedingung zureichend ist oder nicht, unsere Zuflucht nicht ohne weiteres zu einer stärkeren Aussage nehmen, von der wir sicher wissen, dass sie zureichend ist.

Das Problem ist keine Besonderheit der negativen Bedingungen, es kann auch bei Prüfung von Kausalität durch positives Tun auftreten. Wenn z. B. in unserem Stanzmaschinenfall nicht festgestellt werden kann, ob die ursprünglich eingestellte Kraft ausgereicht hätte, dem unvorsichtigen Arbeiter den Finger abzuklemmen, so darf man nicht die vom Werkmeister vorgenommene Einstellungsänderung mit der Begründung einbeziehen, dass man dann die höhere Kraftereinwirkung erhält, von der man jedenfalls sicher weiß, dass sie nach Naturgesetzen zum Abklemmen des Fingers ausreicht.

Dabei wird vorausgesetzt, dass die Frage, ob die ohne das Täterverhalten gebildete Bedingung zur Erklärung des Erfolges hinreicht oder nicht, prinzipiell nach Naturgesetzen entscheidbar ist, dass uns also dafür lediglich die nötige Kenntnis des Einzelfalls fehlt (Wie hat der Arbeiter in die Maschine hineingegriffen?) oder die der Kausalgesetze (Führt die Krankheit, die das Kind hatte, wenn sie das bei ihrer Entdeckung vorliegende Stadium erreicht hat auch dann zum Tode, wenn die dem Arzt möglichen Hilfsmaßnahmen getroffen werden?). Diese Lücken in unseren Kenntnissen sind es, die bei einer Anpassung der Bedingung an unser Wissen durch Einbeziehung des Täterverhaltens in die Kausalerklärung zu Lasten des Täters gingen. Eine ganz andere Frage ist, ob wir angesichts dieser Wissenslücken, die wir teilweise heute noch nicht und teilweise wohl nie beseitigen können und angesichts der Möglichkeit, dass für bestimmte Bereiche, vor allem menschliches Verhalten, gar keine strikten (deterministischen) Gesetze gelten,⁵⁹ Kausalität

58 Zum Problem des Beweises von Kausalgesetzen im Prozess und den an diesen zu stellenden Anforderungen vgl. *Armin Kaufmann*, JZ 1971, S. 572 ff., *Maiwald* (Anm. 52), S. 91 ff.; *Puppe* JZ 1994, 1174; *dies.* JZ 1996, 318.

59 Der Naturwissenschaftler mag hier zunächst an die Preisgabe des Determinismus in der Physik der Elementarteilchen zugunsten von Wahrscheinlichkeitsgesetzen

i. S. einer Kausalerklärung durch strikte Gesetze für die Erfolgszurechnung immer verlangen sollen, oder uns nicht wenigstens unter gewissen Voraussetzungen mit statistischen Gesetzen begnügen sollen.⁶⁰ Darauf läuft die Risikoerhöhungslehre hinaus.⁶¹

denken, den Juristen wird in erster Linie interessieren, dass die Psychologie keine strikten Gesetze für menschliches Verhalten aufstellen kann und dass er (der Jurist) solche Gesetze nicht akzeptieren kann, solange er am Postulat der Willensfreiheit festhält. Er kann dann aber immer noch statistische Gesetze menschlichen Verhaltens anerkennen, und die stellen ihm die Psychologie und Soziologie auch zur Verfügung.

60 In unserem Erklärungsmodell können statistische Gesetze an die Stelle von Kausalgesetzen treten, und in der Praxis geschieht das auch, etwa bei der Erklärung von Krankheitsverläufen oder Operationserfolgen in der Medizin vgl. dazu *Carnap* (Anm. 20), S. 16, *Stegmüller* (Anm. 2), S. 83. Aber das nennt man nicht mehr eine Kausalerklärung, vgl. *Stegmüller*, S. 453. Der wesentliche Unterschied zur Kausalerklärung ist der, dass aus einem strikten Gesetz in Verbindung mit der Prämisse (hinreichende Bedingung) der Erfolg logisch zwingend ableitbar ist, aus einem Wahrscheinlichkeitsgesetz aber nicht. Vgl. *Stegmüller*, S. 83, S. 624 ff.

61 Ob das Problem des Zusammenhangs zwischen Erfolg und Sorgfaltspflichtverletzung, für das *Roxin* das Risikoerhöhungserfordernis in ZStW 74 (1962), S. 411 ff. entwickelt hat, ein Kausalitätsproblem ist, ist bis heute streitig. Aber die Risikoerhöhung wird inzwischen an die Stelle der Kausalität gesetzt von *Stratenwerth*, AT, Rn. 209 ff., *ders.*, FS Gallas, S. 227 ff. und wohl auch von *Roxin* selbst in FS Honig, S. 133 ff. Dabei geht es darum, in Bereichen, in denen wir keine strikten Gesetze zur Verfügung haben, nicht jede Strafbarkeit nach Erfolgsdelikten auszuschließen. Die spezifischen Probleme der Erfolgserklärung durch Wahrscheinlichkeitsgesetze können hier nur teilweise angedeutet werden. Vor allem ist es nicht möglich, Mindestbedingungen für Wahrscheinlichkeitsgesetze zu bestimmen, denn wenn ich aus einem Wahrscheinlichkeitsgesetz eine Angabe streiche, so erhalte ich wieder ein gültiges Wahrscheinlichkeitsgesetz, wenn auch vielleicht mit geringerem Wahrscheinlichkeitswert. Von einer solchen Risikodifferenz wird denn auch die Aufnahme einer Angabe in die Erklärung und damit die Haftung ihres Verursachers abhängig gemacht. Aber ob eine solche Risikodifferenz bei Streichung der Handlung herauskommt, hängt u. U. davon ab, dass bestimmte Angaben fehlen, die den Erfolg ausschließen oder 100 % sicher machen, denn in diesen beiden Fällen kann die Wahrscheinlichkeit nicht erhöht werden. Wie kann sichergestellt werden, dass das Wahrscheinlichkeitsgesetz in dem Sinne vollständig ist, dass nicht solche 100 % Bedingungen außer acht gelassen werden? Wann ist es zulässig, zu Lasten des Angeklagten davon auszugehen, dass es sie nicht gibt? Aufgrund des Postulats der Willensfreiheit wird man davon ausgehen können, dass es keine 100 % Wahrscheinlichkeitsbedingungen für menschliche Entscheidungen gibt, aber gilt das auch für »instinktive« Reaktionen, etwa im Straßenverkehr? Kann auf die Annahme von 100 % Bedingungen auch auf Gebieten verzichtet werden, die wir uns zwar noch als kausal determiniert vorstellen, die aber so kompliziert sind, dass wir meist keine 100 % Prognosen stellen können, wie etwa in der Medizin? Was

Abbruch rettender Kausalverläufe

Bei der Verhinderung rettender Kausalverläufe stehen wir nicht nur wie bei der Unterlassung vor der Aufgabe, eine positive Tatsache, den Erfolg, durch eine negative, das Ausbleiben der Rettungshandlung oder des sonstigen rettenden Ereignisses, zu erklären, sondern darüber hinaus eine negative Tatsache, das Ausbleiben des rettenden Ereignisses, durch eine positive, die Handlung des Verhinderers. Zunächst ist also das negierte Rettungsereignis zu bestimmen. Es muss nach Naturgesetzen i. V. mit anderen gegebenen Tatsachen hinreichende Minimalbedingung des Erfolges sein. Wie beim Unterlassen ist also das Negat mit möglichst vielen Bestimmungsstücken zu versehen, denn es darf nicht mehr »Aussagekraft« haben, als für die Erklärung des Erfolges notwendig ist. *Samson* bildet folgendes Beispiel:⁶² Ein in einsamer Gegend Erkrankter kann nur noch innerhalb weniger Stunden durch ein Serum gerettet werden. Es ist nur eine Dosis des geeigneten Serums und für dessen Transport ein Flugzeug verfügbar, das aber nicht über die zur Erhaltung des Serums erforderliche Kühleinrichtung verfügt, so dass das Serum auf dem Transport verderben würde. Als dieser trotzdem versucht wird, verschüttet ein unachtsamer Verladearbeiter das Serum. *Samson* meint nun, dass der Arbeiter für den Tod des Kranken eine Ursache gesetzt habe, während der Verderb des Serums auf dem Fluge nur eine tatsächlich nicht aufgetretene Ersatzursache sei.⁶³ Das wäre richtig, wenn es darum ginge, den Verlust des Serums zu erklären. Wie *Samson* selbst erkennt, ist aber für den Tod des Kranken nicht die Tatsache kausal, dass er kein Serum erhält, sondern nur die, dass er kein unverdorbenes Serum zur rechten Zeit bekommt. Diese Negation ist nun ihrerseits nach Kausalgesetzen zu erklären.

Zureichende Bedingung dafür, dass etwas nicht geschieht, ist die Negation einer notwendigen Bedingung dafür, dass es geschieht. Dass das Serum nicht verschüttet wird, ist notwendige Bedingung für die Rettung des Kranken. Aber eine weitere notwendige Bedingung dafür ist das Vorhandensein einer

bedeutet das Erfordernis, dass sich die vom Täter mitgeschaffene Gefahr »in dem Erfolg realisiert« haben muss? Gibt es bei Wahrscheinlichkeitserwägungen ein Pendant zu den Ersatzursachen?

62 Vgl. Anm. 7, 8, S. 94.

63 Vgl. Anm. 7, 8, S. 95 f. *Samson* schlägt vor, für die Verhinderung rettender Kausalverläufe unter Inkaufnahme eines Bruches im System statt der zureichenden eine notwendige Erfolgsbedingung zu fordern, so dass jede Ersatzursache die Kausalität ausschließt, weil der unterbrochene Kausalverlauf eben kein »rettender« war. »Gleichgültig ist dabei, ob diese Umstände (gemeint ist die andere hinreichende Erfolgsbedingung) sich zum Zeitpunkt der Täterhandlung schon ausgewirkt haben, oder ob ihnen die Täterhandlung zuvorgekommen ist.« Aber diese Regel will er selbst dann nicht mehr anwenden, wenn die »Ersatzursache« ebenfalls auf menschliches Verhalten zurückginge, denn sonst könnte er in diesen Fällen keinem der beiden Täter den Erfolg zurechnen, vgl. S. 147 ff.

Kühleinrichtung. Da diese fehlt, ist das Verschütten also unter den gegebenen Voraussetzungen keine Mindestbedingung (genauer: nicht Bestandteil einer gegebenen Mindestbedingung) für den Tod des Kranken.

Nun liegt es nahe, hier einen Fall kumulativer Kausalität zu vermuten, denn sowohl das Fehlen der Kühlung als auch der Verlust des Serums reichen zur Erklärung dafür aus, dass der Kranke nicht rechtzeitig brauchbares Serum erhielt. Das würde aber auch gelten, wenn eine der beiden Tatsachen bloß eine Ersatzursache wäre. Ein Fall kumulativer Kausalität liegt nur vor, wenn mehrere Klassen von Tatsachen gegeben sind, die jeweils hinreichende Minimalbedingungen für den Erfolg sind. Im vorliegenden Fall lässt sich aber aus den gegebenen Tatsachen keine hinreichende Bedingung für das Ausbleiben brauchbaren Serums bilden, in der das Verschütten des transportbereiten Serums notwendiger Bestandteil ist, denn das wäre nur möglich, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Rettung gegeben wären. Insbesondere kann man also nicht davon ausgehen, dass die Tatsache, dass die Maschine keine Kühleinrichtung hat, bei der Kausalerklärung außer acht gelassen werden könnte, weil es angesichts des Verlustes des Serums darauf nicht mehr ankomme. Denn in einer Kausalerklärung für das Ausbleiben brauchbaren Serums, in der das Verschütten notwendiger Bestandteil ist, ist das Vorhandensein einer geeigneten Transportmöglichkeit mindestens stillschweigend vorausgesetzt. Da diese Voraussetzung nicht gegeben ist, erweist sich das Verschütten des Serums als bloße Ersatzursache für das Ausbleiben des Serums und damit für den Tod des Kranken, obwohl es i. V. m. weiteren gegebenen Tatsachen eine hinreichende Bedingung dafür ist.

Damit ist geklärt, warum die Unterbrechung eines Kausalverlaufs eine Erfolgsursache nur dann ist, wenn der Verlauf zur Rettung geeignet war und warum eine Unterlassung nur kausal ist, wenn die unterlassene Handlung den Erfolg abgewendet hätte. Aber wir können nun auch erklären, warum eine Unterlassung als Ursache nur dann in Betracht kommt, wenn die entsprechende Handlung möglich war, d. h. mindestens in der Außenwelt die Voraussetzungen für sie gegeben waren. Denn es ist notwendig, die Unterlassung der Rettungshandlung ihrerseits kausal auf psychische Sachverhalte in der Person des Täters zurückzuführen, um sie ihm zurechnen zu können. Diese Sachverhalte können in einer Art psychischem Tun, etwa dem Unterdrücken eines Rettungsimpulses oder dem Fassen eines Unterlassungsentschlusses oder ihrerseits wieder in einem Unterlassen, etwa dem Ignorieren der Gefahr oder auch dem Fehlen eines Rettungsentschlusses, bestehen. Auf den Streit um Vorsatz und Quasivorsatz und um die Erfordernisse der Unterlassungsfahrlässigkeit brauchen wir hier nicht einzugehen, denn ob diese psychischen Sachverhalte nun durch Positionen oder Negationen darzustellen sind, kausal sind sie für das Unterlassen nur, wenn die unterlassene zur Rettung geeignete Handlung nicht ohnehin unmöglich war. Nur dann lässt sich nämlich eine Klasse wahrer Sätze angeben, die eine hinreichende Bedingung der Unterlas-

sung der Rettungshandlung darstellen, in der ein psychischer Sachverhalt als notwendiger Bestandteil vorkommt. Ist die Rettungshandlung dagegen unmöglich, so kommt ein Unterlassungsentschluss oder das Fehlen eines Rettungsentschlusses nur als Ersatzursache in Betracht. Deshalb wird der Unterlassungstätter, der in der irrtümlichen Annahme einer Rettungsmöglichkeit diese nicht ergreift, nur wegen Versuchs bestraft, weil er den Deliktserfolg entgegen seiner Vorstellung nicht verursacht hat.

Kumulative Kausalität von Unterlassungen und von Verhinderungen rettender Kausalverläufe

Ist unter der Prämisse, dass Unterlassungen von Rettungshandlungen nur kausal sein können, wenn die unterlassenen Handlungen zur Rettung geeignet sind, noch kumulative Unterlassungskausalität möglich oder kann sich nicht vielmehr jeder der Unterlassenden darauf berufen, dass seine Rettungshandlung wegen der Unterlassung des anderen ohnehin zur Rettung ungeeignet sei, so dass am Ende keiner für den Erfolg ursächlich wäre?

Der einfachste Fall kumulativer Unterlassungskausalität ist der, dass beide zu der gleichen Rettungshandlung fähig sind und beide sie unterlassen. Ist beispielsweise in der See ein Kind in Gefahr zu ertrinken, und ist die Rettung sowohl dem Bademeister als auch der als Rettungsschwimmerin ausgebildeten Mutter möglich, so sind beide für den Tod ursächlich, wenn sie das Kind ertrinken lassen.

Wie aber, wenn die Mutter als Nichtschwimmerin nur die Möglichkeit hat, den Bademeister zu alarmieren und dies unterlässt, während der Bademeister, etwa weil er der Zahlenvater ist, das Kind ohnehin ertrinken lassen würde? Kann sich jetzt die Mutter darauf berufen, dass die für sie einzig mögliche Alarmierung des Bademeisters zur Rettung ungeeignet wäre, so sind beide nicht ursächlich, denn der Bademeister hat zwar die Rettung unterlassen, sie war ihm aber, so sei unterstellt, mangels Erkennbarkeit der Gefahr unmöglich. Da menschliches Verhalten nicht durch Kausalgesetz festgelegt ist, kann aber gar nicht behauptet werden, dass der Bademeister das Kind nicht gerettet hätte. Dafür besteht allenfalls eine mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit. Die Frage, ob die Unterlassung der Mutter, ihn zu alarmieren, ein notwendiger Bestandteil der gegebenen zureichenden Bedingung für den Tod des Kindes ist oder nicht, lässt sich also nicht anhand von Kausalgesetzen beantworten.

Man könnte statt der fehlenden Kausalgesetze Wahrscheinlichkeitsgesetze aufstellen und das danach wahrscheinlichste Verhalten unterstellen. Dieses Vorgehen wäre aber bei menschlichem Verhalten unzweckmäßig, es würde zu dem Ergebnis führen, dass weder die Mutter noch der Bademeister für den Erfolg zur Verantwortung gezogen werden könnten. Aber die Mutter ist rechtlich verpflichtet, dem Bademeister die Möglichkeit zu verschaffen, das

Kind zu retten, unabhängig davon, mit welcher Wahrscheinlichkeit für diesen Fall normgemäßes Verhalten von ihm zu erwarten ist. Um der Effektivität der Normen willen ist es also sinnvoll, nicht das wahrscheinlichste Verhalten zu unterstellen, sondern das normgemäße, nachdem eine Unterstellung mangels kausalgesetzlicher Determiniertheit menschlicher Entscheidungen ohnehin notwendig geworden ist. Dann ergibt sich aber, dass die Unterlassung der Benachrichtigung des Bademeisters durch die Mutter notwendiger Bestandteil der Kausalerklärung des Todes des Kindes ist, denn nach den Rechtsnormen hätte der Bademeister es retten müssen, sobald er die Gefahr erkannt hätte.

Anders könnte der Fall nur liegen, wenn der Bademeister den Unfall bereits von sich aus bemerkt und sich bereits entschlossen hätte, das Kind nicht zu retten, dann wäre er, aber nicht die Mutter kausal für den Erfolg, weil die Mutter keine Rettungsmöglichkeit hatte. Dabei haben wir allerdings außer Acht gelassen, dass sie versuchen sollte, ihn gleichwohl zur Rettung zu überreden. Da nicht feststeht, ob er dann seinen Entschluss revidiert hätte, ist wiederum zu unterstellen, dass er der Norm gefolgt wäre. So ergibt sich wieder eine Doppelkausalität.

Auch bei der Unterbrechung rettender Kausalverläufe ist kumulative Kausalität denkbar, so, wenn im Serumfall zugleich das Serum verschüttet und die ursprünglich vorhandene Kühleinrichtung unbrauchbar gemacht wird. Aber das gilt nur, wenn mehrere zunächst gegebene Voraussetzungen für die Rettung zur gleichen Zeit durch menschliches Verhalten beseitigt werden, anderenfalls ist das spätere Verhalten nur Ersatzursache. Denn dann lässt sich eine Klasse wahrer Sätze angeben, die eine hinreichende Bedingung des Erfolgseintritts bilden, in der das frühere Verhalten notwendiger Bestandteil ist, aber keine, in der das spätere notwendiger Bedingungsbestandteil ist. Ist in unserem Beispiel das Serum verschüttet worden, ehe die Kühlanlage zerstört wurde, so kann und muss ich in meine Kausalerklärung den wahren Satz einsetzen, dass ein Flugzeug mit Kühleinrichtung zum Transport des Serums bereitsteht. Nun erweist sich das Verschütten des Serums als notwendig, um zu erklären, dass der Kranke gleichwohl gestorben ist.⁶⁴ Würde man aber eine Erklärung für den Tod des Kranken geben, in der die Zerstörung der Kühlanlage als notwendiger Bestandteil vorkommt, so müsste diese ausdrücklich

64 Dieses Ergebnis hält auch *Samson* (Anm. 7, 8) für richtig, vgl. S. 147 ff. Nachdem er aber den Grundsatz aufgestellt hat, dass beim Abbruch rettender Kausalverläufe jede Ersatzursache zu berücksichtigen ist, weil sie den Verlauf seiner Qualität als rettender nimmt, sieht er sich nun genötigt, seinen eigenen Kausalbegriff unter unmittelbarem Rückgriff auf Wert- und Rechtserwägungen wieder zu erweitern, vgl. S. 150 f. Aber die hier relevanten Unterschiede zwischen menschlichem Verhalten als Ersatzursache für das Misslingen der Rettung und dem Fehlen der natürlichen Voraussetzungen für diese lassen sich in einem wertungsfreien Kausalitätsmodell zur Geltung bringen, wie im Text gezeigt wird.

oder stillschweigend den unwahren Satz enthalten, dass zur Zeit der Zerstörung der Kühlmöglichkeit noch geeignetes Serum vorhanden war.

Entgegen dem ersten Anschein läge der Fall aber umgekehrt, wenn die Zerstörung der Kühleinrichtung nicht auf menschliches Verhalten zurückginge, sondern auf ein Naturereignis, etwa einen Kurzschluss oder Blitzeinschlag, auch wenn Kurzschluss oder Blitzeinschlag erst nach dem Verschütten des Serums stattfanden. Denn unter der Voraussetzung, dass Naturvorgänge determiniert sind, lassen sich deren Ursachen ad infinitum zurückverfolgen, und unter der Voraussetzung, dass menschliches Verhalten nicht determiniert ist, beginnt mit einem Verhalten jeweils eine neue Kausalkette. Also waren die Voraussetzungen für die Rettung des Kranken entgegen dem Anschein schon nicht gegeben, als das Serum verschüttet wurde, denn es lagen bereits alle Bedingungen für den Kurzschluss in der Kühlung oder den Blitzeinschlag vor. Mit dem Eintritt des Kurzschlusses oder des Blitzschlags ist dies lediglich erkennbar geworden. Deshalb kann menschliches Verhalten neben natürlichen Ursachen für das Misslingen einer Rettungsaktion nur Ersatzursache sein.

Die Feststellung, dass ein Verhalten als Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs oder als Unterlassung einer Rettungshandlung Ursache eines Schadens Erfolges ist, erfordert also die Kenntnis aller für das Gelingen der Rettung vorauszusetzenden Naturtatsachen. Wie wir gesehen haben, lässt sich auch bei der »einfachen Kausalität« positiven Tuns theoretisch die Möglichkeit nie ausschließen, dass das Tun nur eine Ersatzursache ist und man die wirkliche Ursache übersehen hat. Bei der Verhinderung oder Unterlassung einer Rettung wird dieses Problem aber auch praktisch. Bei der Prüfung einfacher Kausalität kommt als verborgengebliebene Ursache nur eine Tatsache in Betracht, die in ihrer Wirkungsweise der vom Handelnden gesetzten in dem Sinne ähnlich ist, dass sie gleichartige Veränderungen hervorruft.

Hier erkennen wir an den Begleiterscheinungen des Kausalverlaufs, ob wir mit dem menschlichen Verhalten die wirkliche oder nur eine Ersatzursache für den Erfolg gefunden haben. Bei der scheinbaren Verhinderung oder Unterlassung einer Rettung kann die wirkliche Ursache aber von ganz anderer Art sein als die scheinbare, sie kann, bildlich gesprochen, an einem ganz anderen Punkt des scheinbar rettenden Kausalverlaufs ansetzen. Das vergrößert den Kreis der in praxi in Betracht kommenden verborgenen Ursachen beträchtlich und verbietet uns, diese gewissermaßen nur in einer durch die Handlung angezeigten Richtung zu suchen. Darin und nicht in einer besonders heiklen Natur »negativer« Erfolgsursachen liegt die besondere Schwierigkeit der Feststellung von Kausalität des Unterlassens und der Verhinderung rettender Kausalverläufe.

Zusammenfassung

Fassen wir abschließend die Regeln, die wir für die Bestimmung von Erfolg und Ursächlichkeit im Strafrecht als zweckmäßig erkannt haben, zusammen. Kausalität zwischen einem Verhalten und einem Erfolg im strafrechtlichen Sinn ist nicht nur dann gegeben, wenn ein Verhalten notwendige Bedingung für den Erfolg ist; es genügt, dass es Bestandteil einer tatsächlich erfüllten und nach Naturgesetzen hinreichenden Mindestbedingung des Erfolges ist, m. a. W. zu den Antezedenzien gehört, aus denen der Erfolgseintritt i. V. mit anwendbaren Naturgesetzen logisch ableitbar ist (kausale Erklärung).

Der so zu erklärende konkrete tatbestandsmäßige Erfolg ist nicht vorgegeben, zunächst sind also für seine Bestimmung adäquate, d. h. den strafrechtlichen Fragestellungen und Zwecken angepasste Regeln aufzustellen. Ein konkreter Erfolg ist die nachteilige Veränderung, deren Beschreibung wir erhalten, wenn wir die Individuenvariablen der tatbestandlichen Erfolgsmerkmale mit Individuen (Konstanten) ausfüllen. Da uns als Erfolge nur nachteilige Einwirkungen auf Rechtsgutsobjekte interessieren, bedarf der kausalen Erklärung nicht die Existenz des Rechtsgutsobjektes des Rechtsgutsträgers und der vom Tatbestand geforderten Ausgangssituation. Diese sind also als gegeben vorauszusetzen. M. a. W. es ist nicht zu erklären, warum der Satz, der die Tatbestandsverwirklichung beschreibt, wahr ist, zu erklären ist nur die für das Rechtsgut nachteilige Veränderung. Quantitative Angaben sind Mindestangaben, d. h. sie sind zur nachteiligen Seite hin unbestimmt, denn im Interesse des Rechtsgüterschutzes gilt es nicht zu erklären, warum der Schaden genau so groß und nicht größer, sondern nur warum er nicht geringer ausgefallen bzw. ganz ausgeblieben ist. In die Bestimmung eines aus einem Verhalten erklärten Erfolges darf nichts einbezogen werden, was ohne dieses Verhalten kausal erklärt werden kann, sonst wäre die Kausalzurechnung manipulierbar.

Die Kausalgesetze enthalten zureichende Mindestbedingungen für die Tatsachen, die sie erklären, d. h. sie dürfen nichts enthalten, was für die Gültigkeit der extensiven Implikation (immer wenn..., dann ...) entbehrlich ist. Die Naturwissenschaften formulieren ihre Gesetze so, dass sie diese Anforderungen erfüllen, aber in Bezug auf die die Naturwissenschaft interessierenden Erfolgsbestimmungen, deren quantitative Angaben so exakt wie möglich sind. Auch die Formulierung der Naturgesetze müssen wir also unseren strafrechtlichen Anliegen und insbesondere unseren bewusst ungenauen Erfolgsbestimmungen anpassen. Die Angaben in den Kausalgesetzen dürfen also nicht genauer sein als für die Erklärung der so bestimmten Erfolge erforderlich. So werden strafrechtlich irrelevante Modifikationen des Geschehensablaufs aus der Kausalerklärung ausgeschlossen.

Kausalgesetze sind Nahwirkungsgesetze. Deshalb ist eine Kausalerklärung nur durch Beschreibung der zeitlichen und örtlichen Zwischenstadien zwischen Handlung und Erfolg und der sie verknüpfenden Nahwirkungsgesetze vollständig. Wir benötigen diese Zwischenstufen zur Ausscheidung von Ersatzursachen, denn auch diese sind hinreichende gesetzmäßige Erfolgsbedingungen. Man unterscheidet sie von den Ursachen dadurch, dass ihre gesetzmäßigen Zwischenstadien teilweise nicht gegeben sind. Eine Kausalerklärung ist allerdings nie in dem Sinne vollständig, dass alle notwendigen Bestandteile der zureichenden Bedingung angeführt werden, die meisten werden vielmehr stillschweigend vorausgesetzt.

Ursache ist jeder notwendige Bestandteil der Bedingung, nicht etwa nur Kräfte oder nur Veränderungen. Es ist insbesondere kein Grund ersichtlich, Negationen in Kausalerklärungen nicht zuzulassen. Deshalb ist auch die Unterlassung und die Verhinderung rettender Kausalverläufe als Erfolgsverursachung zu erfassen. Sinnvollerweise sind in eine Kausalerklärung nur solche Negationen einzusetzen, deren Kontradiktion in einem Zeitpunkt vor dem Erfolg nach Kausalgesetzen prognostizierbar war. Sonst ist es nicht nötig, ihr Ausbleiben zu erklären. Für menschliche Handlungen, die wir uns nicht als kausal determiniert vorstellen, gilt das nur in dem Sinne, dass die Handlung der betreffenden Person möglich gewesen sein muss. Eine Negation ist (unter Voraussetzung der übrigen Bestandteile der Kausalerklärung) dann zureichende Bedingung für den Eintritt des Erfolges, wenn ihre Kontradiktion notwendige Bedingung für sein Ausbleiben ist.

Zurechnung und Wahrscheinlichkeit

Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips

(ZStW 95 (1983), 287–315)

Nicht mehr die objektiven Ereignisse, sondern die Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten gewisser Ereignisse können in mathematischen Formeln festgelegt werden. Nicht mehr das faktische Geschehen selbst, sondern die Möglichkeit zum Geschehen – die »Potentia«, wenn wir diesen Begriff der Philosophie des Aristoteles verwenden wollen – ist strengen Naturgesetzen unterworfen.

Werner Heisenberg

Das Risikoerhöhungsprinzip und seine Anwendungen

In der neueren Strafrechtsdogmatik wird die objektive Zurechnung eines Erfolges zunehmend auf die Steigerung von Risiken gestützt. Dabei wird mindestens durch die Redeweise von »dem Risikoerhöhungsprinzip« der Eindruck erweckt, dass es sich um einen einzigen Grundgedanken handelt, der sich bei der Lösung der verschiedenen Probleme der objektiven Zurechnung gleichermaßen bewährt.¹ Eine kurze Übersicht über die Probleme, zu deren Lösung »das Risikoerhöhungsprinzip« vorgeschlagen wird, soll zeigen, ob hier wirklich jeweils die gleichen Zurechnungsregeln angewandt werden.

1. Hat der Täter einen (möglicherweise) rettenden Kausalverlauf unterbrochen oder als Garant einen ihm möglichen Rettungsversuch unterlassen, so fordert die noch herrschende Lehre von der notwendigen Bedingung die Feststellung, dass der Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn der Täter im ersten Falle nicht gehandelt, im zweiten Falle gehandelt hätte. In vielen Fällen ist eine solche Feststellung aus Gründen, die uns noch beschäftigen werden, praktisch oder sogar theoretisch unmöglich. Hier soll das Risiko-

¹ Vgl. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, 3. Aufl. 1981, Rn. 224 ff., 229, 1024, 1028 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 2, 5. Aufl. 1978, S. 93, 139, 154; *Rudolphi*, in: SK, 3. Aufl. 1981, Vor § 1 Rn. 58, 65; Vor § 13 Rn. 16; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, 21. Aufl. 1982, Vorbem. § 13 Rn. 96 ff.; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 172; *Roxin*, FS Honig, 1970, S. 136 ff.

erhöhungsprinzip eine Abschwächung des Zurechnungserfordernisses dahin ermöglichen, dass es genügt, wenn der Täter eine »reale Chance« der Rettung zunichte gemacht bzw. nicht genutzt hat.²

2. Die h. L., die nach der Kausalität des Handelns für den Erfolg »in seiner ganz konkreten Gestalt« fragt, hat Schwierigkeiten, die Zurechnung abzulehnen, wenn ohne das Eingreifen des Handelnden der Erfolg gravierender, also auch »in seiner konkreten Gestalt« anders ausgefallen wäre. Nach dem Risikoerhöhungsprinzip soll hier die objektive Zurechnung ausscheiden, weil der Täter das Risiko für das Rechtsgut nicht gesteigert, sondern verringert hat, obwohl er eine Bedingung für dessen Verletzung gesetzt hat.³
3. Auch zur Lösung des Problems der objektiven Beziehung zwischen einer Beihilfehandlung und dem Erfolg wird das Risikoerhöhungsprinzip herangezogen, um den als Gehilfen zu erfassen, der das Gelingen der Tat sichert, indem er beispielsweise Wache steht oder ein zusätzliches taugliches Tatmittel zur Verfügung stellt, auch wenn sich diese Sicherungshandlungen nachträglich nicht als notwendig erweisen, weil der Täter das andere verfügbare Tatmittel allein einsetzt bzw. niemand erscheint, der den Tatablauf stören könnte.⁴ Andererseits soll nach dem Risikoerhöhungsprinzip der Erfolg dem Helfer nicht zugerechnet werden, der dem Täter einen Bestandteil der Tatausführung, etwa das Tragen von Gegenständen, abnimmt, den dieser ohne weiteres selbst hätte leisten können.⁵
4. Ist eine Reserveursache vorhanden, so soll das Risikoerhöhungsprinzip eine Befreiung des wirklichen Verursachers des Erfolges von der objektiven Zurechnung ermöglichen, wenn die Ersatzursache den Erfolg mit Sicherheit herbeigeführt hätte, nicht aber, wenn sie nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für seinen Eintritt begründet hat.⁶
5. Hat der Täter einen Erfolg durch eine sorgfaltswidrige Handlung verursacht, so soll es nicht genügen, dass Verursachung und Sorgfaltspflichtverletzung in dieser Handlung zusammentreffen, um dem Täter den Erfolg

2 *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rn. 224 f., 1024; *ders.* FS Gallas, 1973, S. 227, 231 f.; *Rudolphi*, in: SK, § 13 Rn. 16.

3 *Roxin*, FS Honig, S. 136; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rn. 224; *Jescheck*, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978, S. 231; *Rudolphi*, in: SK, Vor § 1 Rn. 58, *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 13 Rn. 98.

4 *Schaffstein*, FS Honig, S. 173, 181; dagegen *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 206.

5 *Schaffstein*, FS Honig, S. 182; dagegen *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, S. 206.

6 *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rn. 226 ff., insbesondere Rn. 229. Der Vorschlag, Ersatzursachen entlastend zu berücksichtigen, wurde in die neuere Diskussion von *Arthur Kaufmann* eingeführt, vgl. FS Eb. Schmidt, 1961, S. 228 f., aufgegriffen von *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, S. 108 ff.

als »durch Fahrlässigkeit verursacht« zuzurechnen. Da angesichts der erlaubten Risiken eine Erfolgsverursachung auch durch sorgfaltspflichtgemäßes Handeln nicht ausgeschlossen ist, würde man dem sorgfaltswidrig Handelnden das Benefiz des erlaubten Risikos entziehen, wenn Erfolg und Sorgfaltspflichtverletzung nur durch die (irgendwie beschriebene) Handlung verknüpft zu sein brauchen.⁷ Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre fordern deshalb zusätzlich die Feststellung, dass der Erfolg bei sorgfältigem Verhalten ausgeblieben wäre.⁸ Damit treten ähnliche prinzipielle Schwierigkeiten auf wie bei Problem 1.⁹ Um sie zu vermeiden, wird auch hier das Risikoerhöhungsprinzip angewandt, wonach es für die Erfolgszurechnung genügen soll, dass das unsorgfältige Verhalten ein höheres Erfolgsrisiko begründet hat, als es bei Einhaltung der Sorgfaltspflicht bestanden hätte. Das Benefiz des erlaubten Risikos sei dem fahrlässigen Erfolgsverursacher schon damit gewährt, dass ihm der Erfolg nicht zugerechnet wird, wenn das von ihm begründete Risiko das erlaubte nicht überstiegen hat.¹⁰

Die bei diesen fünf Problemkonstellationen angewandten Zurechnungsregeln haben zwar alle etwas mit Risiko und Risikovergleichen zu tun, zeigen aber im Übrigen signifikante Unterschiede. Zunächst lassen sie sich danach unterscheiden, ob eine Risikosteigerung die Kausalität als Zurechnungsvoraussetzung ersetzen oder nur ergänzen soll. Bei den Problemen 1 und 3, möglicherweise auch bei Problem 2 soll die Risikosteigerung an die Stelle der Kausalität treten, bei Problem 4 und 5 zusätzlich erforderlich sein. Das macht insbesondere den tief greifenden Unterschied zwischen den Zurechnungsregeln zu 1 und denen zu 5 aus, auch wenn die prinzipiellen Gründe für die in beiden Fällen auftretenden Schwierigkeiten jedenfalls zum Teil die gleichen sein mögen.

Bei Problem 1 handelt es sich nämlich nicht darum, einen irrealen Kausalverlauf zu prüfen, auch wenn die hier übliche Fragestellung »Wäre die Ret-

7 Roxin, ZStW 74 (1962), S. 431 ff.; ders., FS Honig, S. 158; Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 144 f.; ders., JZ 1969, 367; Rudolphi, in: SK, Vor § 1 Rn. 65 ff.; ders., JuS 1969, 552; Puppe, JuS 1982, 660.

8 BGHSt 11, 1; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 170; Schroeder, in: LK, 10. Aufl. 1979, § 16 Rn. 185 ff.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe, S. 47, 153 ff.; Ulsenheimer, JZ 1969, 366 f.

9 Inzwischen bin ich zu der Erkenntnis gelangt, dass Problem 5 mit Problem 1 identisch ist, weil der sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang oder die Realisierung des unerlaubten Risikos nichts anderes ist als ein Kausalzusammenhang, Puppe, »Die Beziehung zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten«, ZStW 99 (1987), S. 595 (599 ff.).

10 Vor allem Roxin, ZStW 74 (1962), S. 433 f.; ihm im Prinzip folgend Schönemann, JA 1975, 651; Rudolphi, in: SK, Vor § 1 Rn. 66.

tung erfolgt, wenn der Täter einen bestimmten Prozess nicht unterbunden bzw. selbst eingeleitet hätte?» das nahe legt. Es ist vielmehr lediglich zu prüfen, ob in der vorgeschlagenen Kausalerklärung das Handeln bzw. das Unterlassen des Täters notwendige Bestandteile sind. In diesem Sinne muss man sich das Handeln oder das Unterlassen »wegdenken«, d. h. versuchen, den Erfolg aus den übrigen Tatsachen allein zu erklären. Mit der fiktiven Prüfung der Kausalität nicht gegebener Sachverhalte hat das nichts zu tun.¹¹

Das Problem 5 wird dagegen bisher gerade mit Hilfe der Konstruktion eines fiktiven Geschehensablaufs gelöst, wenn gefragt wird: »Was wäre geschehen oder wie groß wäre das Erfolgsrisiko gewesen, wenn der Täter sich sorgfaltsgemäß verhalten hätte?« Das kann nicht anders sein; denn eine Sorgfaltspflichtverletzung kann nicht Bestandteil einer Kausalerklärung oder einer Risikobestimmung sein, nicht weil sie ein abstrakter Begriff oder ein Wertbegriff wäre¹² – es geht durchaus um eine »konkrete Sorgfaltspflichtverletzung«, d. h. um einen Einzelfall von Unsorgfältigkeit – sondern weil sie ein Verhältnis in der Metasprache ist. Das Substantiv »Sorgfaltspflichtverletzung« bezeichnet den Sachverhalt, dass ein Verhalten im Widerspruch zu einer Sorgfaltspflicht steht, das ist ein Verhältnis von Sätzen zueinander. Auch wenn man bei der Bestimmung dessen, was als Bestandteil einer Kausalerklärung zulässig sein soll, noch so großzügig ist, wird man einen Widerspruch zwischen Sätzen nicht dazu zählen können, weil das eine Stufenkonfusion bedeuten würde. Kausalfaktor oder auch Gefahrfaktor kann allenfalls der Sachverhalt sein, der die Sorgfaltspflicht verletzt, also die irgendwie beschriebene Handlung des Täters. Diese aber ist in den Fällen des Problems 5 eine Ursache des Erfolges, und gerade das soll für die Zurechnung zur objektiven Fahrlässigkeit nicht genügen. Kann man aber die konkrete Sorgfaltspflichtverletzung aus der Kausalerklärung aus den eben dargestellten Gründen nicht isolieren, so bleibt nur übrig, einen entsprechenden Effekt dadurch zu erreichen, dass man an die Stelle des wirklichen sorgfaltspflichtwidrigen ein fiktives sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten setzt und damit einen fiktiven Geschehensverlauf bildet.¹³ Besonders deutlich wird das an einem von der

11 Vgl. *Puppe*, ZStW 92 (1980), S. 863, 875 f. (s.o. Seite 112 f.)

12 So aber *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten, S. 107; *Arthur Kaufmann*, FS Eb. Schmidt, S. 220.

13 Vgl. dazu *Ulsenheimer*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg, S. 138; *Schünemann*, JA 1975, 648; *Schroeder*, in: LK, § 16 Rn. 191; *Spendel*, JuS 1964, 14, 18. Das wird allerdings entschieden bestritten von *Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 433. Er führt aus, dass es sich lediglich darum handle, eine allgemeine Wahrscheinlichkeitsregel ggf. durch Sachverständige zu ermitteln. Aber diese Regel soll ja dann auf den Einzelfall angewandt werden, und zwar auf den, der gegeben gewesen wäre, wenn der Täter sorgfältig gehandelt hätte, also auf einen hypothetischen, genauer irrealen Einzelfall, *Puppe*, JuS 1982, 663. Es genügt also nicht, abstrakt eine statistische Wahrscheinlichkeit anzugeben, es geht hier vielmehr um die sog. induktive Wahr-

Literatur bisher wenig beachteten Problem der Bestimmung des Zusammenhangs zwischen Fahrlässigkeit und Erfolg: Es ist nicht eindeutig, welches sorgfaltspflichtgemäße Verhalten an die Stelle des fahrlässigen zu setzen ist, denn es gibt stets mehrere Möglichkeiten, sich so zu verhalten, dass man eine bestimmte Sorgfaltsnorm nicht verletzt. Überfährt beispielsweise ein ange-trunkener Autofahrer einen seinerseits grob verkehrswidrig fahrenden Motor-radfahrer, so könnte man an die Stelle des Fahrens in angetrunkenem Zustand das Fahren in nüchternem Zustand oder das Gehen oder Sich-Fahren-Lassen im angetrunkenen Zustand setzen und käme so einmal zur Zurechnung, das andere Mal zu deren Ablehnung.¹⁴ Bei Problem 1 gibt es eine entsprechende Unbestimmtheit nicht, eben weil man gar keine fiktiven Geschehensabläufe zu bilden hat, sondern sich strikt an das hält, was wirklich geschehen ist.¹⁵

Dass bei Problem 4 für die Risikosteigerung eine fiktive Erfolgserklärung, nämlich die Ersatzursache, die sich gerade nicht realisiert hat, maßgeblich ist, ist offensichtlich. Auch hier tritt die Frage auf, was als eine solche Ersatzur-sache einzubeziehen ist.¹⁶ So steht beispielsweise der Tod jedes Menschen mit 100% Sicherheit schon bei seiner Geburt fest. Das Problem wird durch den Topos vom »Erfolg in seiner konkreten Gestalt« verdeckt; denn je mehr Bestimmungsstücke man in die Erfolgsbeschreibung aufnimmt, z. B. Ort, Zeit, Todesart, desto weniger Ersatzursachen kommen in Betracht.¹⁷

Bei Problem 3 wird das gesteigerte Risiko anders bestimmt als bei 1 und 5. Während unter den Anhängern des Risikoerhöhungsprinzips bei Problem 1 und 5 weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass das Risiko »ex post« maß-geblich ist, d. h. dass alle bekannten Tatsachen zu seiner Bestimmung heran-zuziehen sind,¹⁸ praktiziert *Schaffstein* bei Problem 3 eine Art Risikobestim-mung »ex ante«; denn er sieht ja gerade davon ab, dass beim Schmieresteher kein potentieller Störer erscheint oder dass der Täter das vom Lieferanten zur

scheinlichkeit im fiktiven Einzelfall, die *Roxin* fälschlich nicht von der statisti-schen unterscheidet. Vgl. näher dazu unten S. 160 ff.

14 Beispiel nach BGHSt 24, 31; näher zu diesem Problem *Puppe*, JuS 1982, 660.

15 *Dies gilt aber auch für Problem 5, weil es sich als ein Sonderfall von Problem 1 erweist, wenn man einen Formulierungsfehler in der Fragestellung korrigiert. Der Vorteil dieser Korrektur besteht darin, dass man auch bei Problem 5 ohne fiktive Fragestellung auskommt und deshalb die im Text geschilderte Mehrdeutigkeit nicht mehr auftritt*, vgl. *Puppe* ZStW 99 (1987), S. 595 (599).

16 Darauf hat bereits *Roxin* in seiner Kritik an *Arthur Kaufmann* hingewiesen, vgl. ZStW 74 (1962), S. 428 f.

17 So schränkt *Samson* den Kreis berücksichtigungsfähiger Ersatzursachen dadurch ein, dass er den Eintrittszeitpunkt für jeglichen Erfolg als maßgeblich betrachtet, vgl. *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, S. 97 ff.

18 Vgl. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rn. 230; *ders.*, FS Gallas, S. 229; *Roxin*, FS Honig, S. 138 Fn. 18; *Schünemann*, JA 1975, 652; *Rudolphi*, in: SK, Vor § 1 Rn. 69.

Verfügung gestellte taugliche Tatmittel nicht einsetzt.¹⁹ Das ganze Problem der Kausalität der Beihilfe ließe sich übrigens erheblich reduzieren, wenn auch nicht ganz beseitigen, wenn man bei der Kausalitätsfeststellung korrekt vorgeht und nicht von vornherein Ersatzursachen einbezieht. Der Diebeslehrling, der seinem Chef die Leiter trägt, über die dieser einsteigt, ist kausal für den Diebstahl; denn ohne sein Verhalten ist nicht zu erklären, wie die Leiter an den Tatort kam, auch wenn der Chef sie selbst hätte hintragen können, denn er hat es ja nicht getan. Benutzt der Täter ein geliefertes Tatmittel, so ist der Lieferant kausal, gleichgültig, ob dem Täter noch ein anderes ebenso oder gar besser taugliches Mittel verfügbar war oder nicht. Problematisch bleiben danach nur die Sicherungsfälle und die Fälle der Lieferung des nicht benutzten Ersatzmittels. Für die letzteren ist auch zweifelhaft, ob sie als vollendete Beihilfe qualifiziert werden sollten. In beiden Fallgruppen würde jedenfalls nur eine Gefahrerhöhung »ex ante« als Zurechnungsgrund in Betracht kommen.

Das Problem 2 schließlich können wir von vornherein ausscheiden, weil es hier gar nicht um die Bestimmung einer Risikobeziehung zwischen einer Handlung und einem eingetretenen Erfolg geht, was sofort klar wird, wenn man das Wort »Risiko« durch den wertneutralen Ausdruck »Wahrscheinlichkeit« ersetzt. Fragt man nämlich nach der Wahrscheinlichkeit des wirklich eingetretenen Erfolges in seinem genauen Verletzungsmaß, so hat derjenige, der dies abgeschwächt hat, diese Wahrscheinlichkeit durchaus erhöht. Aber in dem Wort Risiko steckt eine negative Bewertung, die dazu verführt, statt an den wirklich eingetretenen an den schlimmeren Schaden zu denken, der drohte, bzw. an das geschützte Interesse insgesamt. Um den Schadensminderer von der Erfolgzurechnung auszuschließen, bietet also die Bestimmung der Beziehung zwischen Handlung und Erfolg keinen Ansatzpunkt mehr, wenn der Erfolg wie oben durch eine bestimmte Schadenshöhe beschrieben ist. Eine geeignetere Bestimmung des Erfolges selbst ist die einzige Möglichkeit, dieses Problem im Bereich der objektiven Zurechnung zu lösen.²⁰

Unsere Übersicht hat gezeigt, dass die Zurechnungsregeln, die in den fünf verschiedenen Problemkonstellationen unter der Bezeichnung »Risikoerhöhungsprinzip« angewandt werden, durchaus unterschiedliche sind und dass es deshalb mindestens missverständlich ist, für all diese Zurechnungsverfahren die gleiche Bezeichnung zu gebrauchen. Im Folgenden soll unser Interesse der ersten Konstellation gelten, in der sich die grundsätzlichen Probleme einer Zurechnung aufgrund einer Risikoerhöhungsbeziehung am reinsten zeigen. Hier wird nämlich die Risikobeziehung an die Stelle der bisher allgemein als erste Zurechnungsbeziehung zwischen Täter und Erfolg geforder-

19 Vgl. *Schaffstein*, FS Honig, S. 181.

20 Vgl. dazu *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863, (883); s.o. Seite 118.

ten Kausalität gesetzt. Sie trägt damit die objektive Zurechnung allein. Die Frage ist also: Ist es überhaupt möglich, mit Hilfe einer Risikobestimmung eine »reale« Beziehung zwischen einer einzelnen Handlung und einem einzelnen Erfolg herzustellen, und wenn ja, wann ist es, da dies doch sicherlich eine schwächere Beziehung sein wird als die Kausalität, zulässig, diese Risiko- beziehung an die Stelle der Kausalität zu setzen?

Erfolgserklärung in nicht determinierten Bereichen

Eine Kausalerklärung eines Ereignisses besteht darin, dass andere Einzelereignisse und Zustände (Ursachen) sowie allgemeine Gesetze (Kausalgesetze) angegeben werden, aus denen dieses Ereignis logisch folgt.²¹ Das ist nur möglich, wenn diese Gesetze strikt sind, d. h. aussagen, dass auf einen Komplex von Ereignissen und Zuständen einer bestimmten Art ein Ereignis bestimmter Art stets folgt. Kausalerklärungen in diesem Sinne setzen also einen determinierten Bereich voraus. Nun können wir nicht ohne weiteres von einem allgemeingültigen Determinismus ausgehen. Dabei sind es weniger die grundsätzlichen Veränderungen des physikalischen Weltbildes durch die Erforschung atomarer, subatomarer und molekularer Prozesse, die dem entgegenstehen. Das Strafrecht wird es selten mit Verläufen zu tun haben, für die solche mikrophysikalischen Ereignisse entscheidend sind, so vielleicht bei bestimmten Schädigungen von Keimzellen oder der Entstehung von Krebs. Für den makrophysikalischen Bereich zwingen die neuen Erkenntnisse jedenfalls nicht zur Aufgabe des Determinismus und der Kausalerklärung aus strikten Gesetzen. Denn ob diese strikten Gesetze auch in der Mikrophysik gelten oder ob wir sie letztlich nur dem sog. Gesetz der großen Zahlen verdanken, ist für die Makrophysik und deren praktische Brauchbarkeit in Technik, Alltagsleben und Rechtsanwendung ohne Belang.

Aber es gibt einen weiten Bereich von für die Rechtsanwendung bedeutsamen Verläufen, die wir uns nicht als kausal determiniert vorstellen, bei denen aber gleichwohl mit größter Selbstverständlichkeit von Verursachung gesprochen und auf diese eine Erfolgszurechnung gegründet wird. Das sind all die Prozesse, in denen nach der die Zurechnung begründenden Handlung des Täters ein weiteres menschliches Handeln eine Rolle spielt. Hierher gehören all die Fälle, in denen mehrere Personen am Zustandekommen des Erfolges beteiligt sind, ohne dass der einen jeweils das Verhalten der anderen zugerechnet wird, also nebetäterschaftlich begangene Vorsatztaten, Fahrlässigkeitstaten, überhaupt alle Fälle, in denen irgendein Verhalten des Opfers oder eines Dritten nach der Täterhandlung eine Rolle bei der Erfolgsherbei-

²¹ *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 157 f.; *Stegmüller*, Probleme und Resultate der analytischen Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, 1969, S. 82; *Popper*, Logik der Forschung, 6. Aufl. 1976, S. 31 ff.

führung gespielt hat. Setzen wir all diese neben dem Täter beteiligten Personen als frei, so können wir uns ihr Verhalten nicht gleichzeitig als durch strikte Gesetze bestimmt vorstellen. Das bedeutet, dass wir den Erfolg nicht aus der Täterhandlung und den zu ihrer Zeit vorhandenen Gegebenheiten allein nach strikt allgemeinen Gesetzen erklären können. Im praktischen Handeln ist uns dieser Sachverhalt durchaus nicht unvertraut. Nicht jeder Täterplan ist hundertprozentig sicher, auch wenn der Planer alle zur Tatzeit gegebenen relevanten Tatsachen kennt, nicht von jeder Fahrlässigkeit steht bei ihrer Begehung objektiv fest, ob sie zu einem Schaden führen wird oder ob vielleicht ein anderer diesen abwenden kann.

Und doch zögern wir nicht, den Täter, der seinem Opfer eine Falle stellt, als kausal für dessen Schaden zu betrachten, wenn es in diese Falle gegangen ist, obwohl das mitwirkende Verhalten des Opfers selbst nicht aus strikten Gesetzen erklärbar ist und zur Zeit der Täterhandlung noch gar nicht feststand. Entsprechende Beispiele aus dem Fahrlässigkeitsbereich sind das Niederlegen einer geladenen Schusswaffe oder gefährlichen Chemikalie an zugänglicher Stelle, mit denen ein Ahnungsloser, etwa ein Kind, sich selbst oder einem anderen Schaden zufügt.

In diesen Fällen können wir trotz der Indeterminiertheit des Verlaufs zur Zeit der Tat für einen späteren Zeitpunkt, den nach dem Handeln des Drittbeteiligten oder Opfers, eine strikte Erklärung aus Kausalgesetzen geben. Das Verhalten des anderen Beteiligten wird dann nämlich einfach als gegeben in die Kausalerklärung einbezogen, ohne es selbst weiter zu erklären. So erhalten wir dann den Komplex von Tatsachen, aus dem der Erfolg nach strikten Naturgesetzen logisch ableitbar ist, und weil das Verhalten des Täters ein notwendiger Teil dieses Komplexes ist, wird ihm der Erfolg als von ihm verursacht zugerechnet.

Und doch bleibt ein bedeutsamer Unterschied zu Kausalerklärungen im determinierten Bereich: Sind außer der Handlung des Täters alle Kausalfaktoren naturgesetzlich determiniert, so steht der Erfolg mit der Handlung des Täters und bereits zu ihrem Zeitpunkt objektiv sicher fest. Es gibt keinen objektiven Unterschied zwischen der Erklärung *ex post* und der Prognose *ex ante*. Sind andere, der Täterhandlung nachfolgende Ursachen nicht determiniert, so eröffnet die Handlung des Täters *ex ante* betrachtet nur die Möglichkeit, m. a. W. das Risiko des Erfolgseintritts, macht ihn aber nicht objektiv notwendig. Für nicht voll determinierte Prozesse, und ohne weitere Bestimmungen nur hier, hat die Unterscheidung zwischen der Betrachtung *ex ante* und *ex post* einen Sinn, denn es entscheidet sich etwas im Zeitablauf. *Ex ante* betrachtet, hat der Täter lediglich ein Risiko für den Erfolgseintritt gesetzt oder es, falls es schon bestanden hat, erhöht. Das (erhöhte) Risiko hat sich in dem Erfolg deshalb realisiert, weil im weiteren Verlauf neue, d. h. zur Tatzeit noch nicht determinierte Tatsachen hinzugetreten sind, die zusammen mit dem Täterverhalten den Erfolg notwendig machten, aus denen er also in Ver-

bindung mit dem Täterbeitrag ex post kausal erklärt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen an das vom Täter gesetzte Risiko sehr niedrig sind. Erst wenn die hinzutretenden Kausalfaktoren ex ante so unwahrscheinlich waren, dass der Verlauf als unvorhersehbar abenteuerlich erscheint, wird die Zurechnung ausgeschlossen, sonst kann nur bei vorsätzlicher Drittbeteiligung eine mildere Zurechnung als Beihilfe in Betracht kommen. Schon damit ist der erste Schritt zu einer Erfolgszurechnung kraft Risikosetzung oder Risikosteigerung getan, wenn auch der Erfolg ex post noch nach strikten Gesetzen kausal erklärt wird und das Täterverhalten ein notwendiger Bestandteil dieser Kausalerklärung ist.

Aber auch diese deterministische Erfolgserklärung ex post ist im nicht determinierten Bereich nicht immer möglich; denn nicht immer kann das Fehlen strikter Kausalgesetze dadurch ausgeglichen werden, dass man nicht determinierte Faktoren einfach als gegeben hinnimmt und in die Erklärung einbezieht. Besteht der Beitrag des Täters nicht darin, dass er den nicht determinierten Faktor ermöglicht, sondern dass er ihn unmöglich gemacht bzw. pflichtwidrig nicht ermöglicht hat, hat er also ein nicht determiniertes Rettungsereignis verhindert oder seinen Beitrag dazu unterlassen, so kommt das nicht determinierte Ereignis nur als irrales in der Erfolgserklärung vor. Im determinierten Bereich legitimiert uns ein Naturgesetz dazu, dieses Ereignis als in dem ursprünglichen, also vom Täter noch nicht veränderten Kausalverlauf angelegtes bzw. als mit dem pflichtgemäßen Verhalten des Täters notwendig verbundenes Erfolgshindernis einzusetzen. Dadurch erweist sich dann das tatsächliche Verhalten des Täters als notwendiger Bestandteil des tatsächlich zum Erfolg führenden Kausalverlaufs; denn jede Kausalerklärung impliziert das Fehlen sog. störender (gesetzmäßiger) Bedingungen, und das Fehlen einer solchen Bedingung ist hier seinerseits durch das Verhalten des Täters zu erklären.

Ist aber der rettende Verlauf, den der Täter unmöglich gemacht oder zu ermöglichen unterlassen hat, seinerseits nicht durch Gesetze determiniert, weil er in einem Verhalten des Opfers oder eines Dritten besteht, so können wir die Notwendigkeit des Täterverhaltens für die Erfolgserklärung aus prinzipiellen Gründen nicht feststellen. Man kann versuchen, die dafür fehlenden Naturgesetze durch normativ begründete Postulate zu ersetzen, etwa durch die Voraussetzung, dass der Dritte einer für ihn bestehenden Pflicht entsprechend den Erfolg verhindert hätte. Das kann damit begründet werden, dass die Rechtsordnung von der Erfüllung ihrer Normen durch die Adressaten auszugehen hat, solange das Gegenteil nicht feststeht.²² Aber dieser Weg ist nur dann gangbar, wenn das Verhalten des anderen durch Rechtsnormen festgelegt ist. Ist der Dritte gar nicht zur Rettung verpflichtet, oder ist es das Opfer selbst, das der Täter zu warnen unterlassen oder dessen anderweitige

22 Vgl. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (907), s.o. Seite 138.

Warnung er verhindert hat, so muss offen bleiben, ob das Opfer die Warnung befolgt oder in den Wind geschlagen hätte. Ein berühmtes Beispiel ist der Fall *Willy Bogner*.²³ *Bogner* drehte mit einigen damals berühmten Rennläufern einen Skifilm, wobei einige von ihnen in einer Lawine umkamen. *Bogner* wurde vorgeworfen, eine ihm bekannte Lawinenwarnung nicht in ihrem vollständigen Inhalt an seine Filmdarsteller weitergegeben zu haben. Da es keine strikten allgemeinen Gesetze darüber gibt, wie sich Skiläufer entscheiden, wenn sie eine Warnung wie die von *Bogner* unterdrückte erhalten haben, ist die Frage unentscheidbar, ob *Bogners* Verhalten ein notwendiger Bestandteil der Erklärung des Lawinenunglücks ist. Der Weg, den die Risikoerhöhungstheorie hier beschreitet, indem sie die Erfolgszurechnung darauf stützt, dass der Täter dem Opfer eine Möglichkeit der Rettung genommen oder pflichtwidrig nicht eröffnet hat, besteht darin, die fehlenden strikten Kausalgesetze durch Wahrscheinlichkeitsgesetze zu ersetzen.

Aber auch wenn das nicht determinierte Ereignis tatsächlich vorliegt, ist es nicht immer damit getan, dass man es als gegeben hinnimmt, ohne es seinerseits auf andere Tatsachen zurückzuführen, nämlich dann nicht, wenn der Beitrag des Täters zum Erfolgseintritt gerade darin bestehen muss, dass er dieses Ereignis »verursacht« hat. Bestimmte Tatbestände sind gerade dadurch charakterisiert, dass der Täter einen Entschluss und ein Verhalten eines anderen herbeiführt, wie beispielsweise der Betrug. Die Anstiftung besteht nach § 26 StGB darin, dass jemand einen anderen »zur Tat bestimmt«. Setzen wir das Betrugsopfer und den Haupttäter als frei, so gibt es für ihr Verhalten keine Kausalerklärung durch gesetzmäßige Bedingungen.

Trotzdem wird mit Selbstverständlichkeit davon gesprochen, dass der Betrüger durch die Täuschung die Verfügung²⁴ und der Anstifter durch Rat oder Tat den Tatentschluß »verursacht« habe.²⁵ Dass das Problematische dieser Formulierung nicht bewusst wird, liegt wohl an der Anwendung der *conditio sine qua non*-Formel, mit der man hier vielfach ohne weiteres zur »Kausalität« kommen wird, weil kein anderer Grund ersichtlich ist, der den Getäuschten oder den Angestifteten zu seinem Verhalten veranlasst haben könnte. Wie bekannt, ist die Formel insofern zu eng, als sie eine notwendige Erfolgsbedingung verlangt, was bei kumulativer Kausalität deutlich wird. Hier zeigt sich nun, dass sie in anderer Hinsicht weiter ist als das Erfordernis, dass der Täterbeitrag notwendiger Bestandteil einer Kausalerklärung des Erfolges sein

23 Entschieden vom Schweizerischen Bundesgericht, vgl. BGE 91 IV, 117.

24 Z. B. *Samson*, in: SK, § 263 Rn. 62; *Wessels*, Bes. Teil Bd. 2, 5, Aufl. 1982, S. 104; *Lackner*, in: LK, § 263 Rn. 254.

25 *Samson*, in: SK, § 26 Rn. 1, 5; *Roxin*, in: LK, § 26 Rn. 2. Andere sprechen vorsichtiger nur von »Hervorrufung« des Tatentschlusses, vgl. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rn. 878; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 559, ohne dass allerdings klargestellt würde, ob damit etwas anderes gemeint ist als Verursachung im Sinne des allgemeinen Kausalitätsbegriffes.

muss. Bei hypothetischer Streichung der Täterhandlung fällt nämlich der Erfolg nicht nur dann weg, wenn diese Handlung den Erfolg nach Kausalgesetzen notwendig gemacht hat, sondern schon dann, wenn sie ihn ermöglicht, also das vorher nicht vorhandene Risiko für seinen Eintritt erst geschaffen hat. Insofern läuft die Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel hier auch auf eine Zurechnung aufgrund einer Risikoschaffung, also einer Verknüpfung von Handlung und Erfolg durch Wahrscheinlichkeitsregeln hinaus.

Hier ist allerdings noch eine andere Verknüpfung von Ursache und Wirkung im Spiel als die durch allgemeine Gesetze. Sie knüpft an eine Art Kausalerebnis des sich entschließenden Haupttäters oder Betrogenen an,²⁶ der sich den Rat des Anstifters bzw. Betrügers zum Motiv seines Handelns nimmt. Er wird auf Befragen diesen Rat als den Grund seiner Entscheidung angeben. Akzeptiert man diesen besonderen Begriff der psychischen Verursachung, so ist es also ganz in die Entscheidung des Adressaten des Rates gelegt, ob er diesen als Ursache seines Handelns annimmt oder nicht. Ob der Angebettelte dem Bettler Geld geben will, weil er seinen Klagen glaubt oder weil er ihn schnell loswerden will, oder ob der Haupttäter die ihm angesonnene Tat eben wegen dieses Ansinnens oder unabhängig von ihm begehen will, ist in sein Belieben gestellt. Wohl deshalb hatte *Engisch* Bedenken, die Zurechnung hier allein auf einen solchen besonderen Begriff der erlebten psychischen Kausalität zu stützen und völlig ohne allgemeine Gesetze auszukommen.²⁷

Aber nicht immer muss der Angegangene eine solche Entscheidung überhaupt treffen. Der BGH hatte den Fall eines Gerichtsreferendars zu entscheiden, der einen Rechtssuchenden mit der falschen Versicherung um einen Kredit anging, er erwarte in kurze Geld aus Koksen und von seinem reichen Vater. Der BGH verurteilte wegen vollendeten Betrug, obwohl der Geldgeber erklärte, er habe den Kredit nur gewährt, um einer Gerichtsperson gefällig zu sein, und hätte dies auch ohne jene Versicherung getan.²⁸

Hätte der BGH dem Zeugen wirklich geglaubt, dass die Täuschung über die Gelderwartungen des Schuldners bei der Kreditvergabe keinerlei Rolle gespielt hat, so hätte er nur wegen Betrugsversuchs verurteilen können.²⁹ Er verstand aber diese Erklärung nur als eine nachträgliche hypothetische Spekulation des Zeugen darüber, wie er sich verhalten hätte, wenn ihm der Referendar nichts von Koksen und einem freigebigen, reichen Vater erzählt hätte, und betrachtete deren Ergebnis als irrelevante Ersatzursache oder allenfalls kumulative Mitursache. Denn der Zeuge stand nicht vor der Frage, ob er einem mittellosen Referendar, sondern ob er einem gut situierten jungen

26 Vgl. *Engisch*, FS v. Weber, 1963, S. 247 ff.; *Puppe* GA 1984, S. 101 (104).

27 Vgl. *Engisch*, FS v. Weber, S. 267 ff.

28 BGHSt 13, 13; dazu *Heinitz*, JR 1959, 386.

29 Vgl. *Engisch*, FS v. Weber, S. 257 f.

Richter Geld leihen wollte. Er brauchte sich also nicht darüber klar zu werden, ob er sich dessen (falsche) Versicherungen zum notwendigen Mitgrund seines Entschlusses nehmen wollte oder nur deshalb Geld leihen wollte, weil eine Gerichtsperson ihn darum anging. Die Frage, ob die Täuschung notwendiger Bestandteil der Kausalerklärung der Vermögensverfügung ist, ist damit unentscheidbar, auch nach dem oben angedeuteten Begriff der erlebten psychischen Kausalität.

Ein entsprechendes Beispiel aus dem Anstiftungsbereich wäre etwa, dass der Täter einen Freund um Rat fragt, ob er die Tat begehen solle, ohne sich selbst schon dahin festgelegt zu haben, dass er sie nicht begehen werde, falls dieser ihm abrät. Rät ihm der Freund jetzt zu, so ist die Frage unentscheidbar, ob er im Sinne des oben beschriebenen Begriffs der psychischen Verursachung den Tatentschluß verursacht hat. Die Frage, ob der Tatentschluß auch ohne den Rat des Freundes zu erklären ist, ist reine Spekulation. Das wäre anders, wenn das Verhalten des Haupttäters bzw. des Betroffenen durch Naturgesetze determiniert wäre.

Der allgemein gangbare Ausweg ist auch hier die Anwendung von Wahrscheinlichkeitssätzen an Stelle der fehlenden Kausalgesetze. Denn auch wenn wir den Adressaten der Täuschung oder des Verbrechensvorschlages als frei setzen, können wir über sein Verhalten Wahrscheinlichkeitsaussagen machen. Das läuft wieder darauf hinaus, die Erfolgzurechnung damit zu begründen, dass der Täter den Erfolg wahrscheinlicher gemacht hat, also mit einer Risikosteigerung. Schließlich ist dieses Verfahren auch in den Fällen anwendbar, in denen es die Rechtsanwendung ausnahmsweise mit nicht determinierten Naturprozessen, also etwa mit mikrophysikalischen Vorgängen zu tun hat.

Wahrscheinlichkeitserklärungen im determinierten Bereich

Auch bei Verläufen, die wir uns als durch Kausalgesetze determiniert vorstellen, wird eine Zurechnung kraft Risikoerhöhung vorgeschlagen, und zwar typischerweise auch hier bei Verhinderung von Rettungschancen und beim Unterlassen.³⁰ Das liegt nicht etwa daran, dass wir es hierbei nicht mit einer »wirklichen«, sondern mit einer fiktiven oder Quasikausalität zu tun hätten. Auch die sog. »negativen Tatsachen«, also diejenigen, die durch Sätze beschrieben werden, in denen das Wort »nicht« vorkommt, sind Tatsachen und nicht etwa »ein Nichts«, und sie können mit Erfolgen naturgesetzlich verknüpft sein. Jede Kausalerklärung impliziert ausdrücklich oder stillschweigend das Fehlen störender Bedingungen und erweist sich als falsch, wenn

30 So vor allem *Stratenwerth*, FS Gallas, S. 237 ff.

sich eine solche nach Naturgesetzen den präsumierten Kausalverlauf abschließende Bedingung als gegeben herausstellt.³¹

Dass auch bei determinierten Prozessen besondere Schwierigkeiten der Kausalerklärung typischerweise bei Unterlassungen und Verhinderungen rettender Kausalverläufe auftreten, liegt vielmehr daran, dass hier problematisch ist, ob das Verhalten des Täters für die Kausalerklärung *notwendig* ist, nicht ob es als Bestandteil einer *hinreichenden* Erfolgsbedingung angesehen werden kann. Es sind auch Fälle schlichten »positiven Bewirkens« denkbar, in denen das gleiche Problem auftritt. Etwa im Bereich ärztlicher Kunstfehler kann die Entscheidung Schwierigkeiten machen, ob die falsche Behandlung den eingetretenen Körperschaden mitbedingt hat oder ob ihn allein die bereits vorhandene Krankheit verursacht hat. Der Nachweis der Notwendigkeit eines Erklärungsbestandteils erfordert eine genauere Kenntnis des Kausalverlaufs und seiner Gesetze, als wir sie oft besitzen, und wird deshalb auch meistens nicht exakt geführt. Es ist auch nur dann praktisch notwendig, ihn exakt zu führen, wenn eine Ersatzerklärung, die die betreffende Tatsache nicht enthält, in Betracht kommt.

Unsere Kausalerklärungen sind notwendig rudimentär und ungenau. Oft geben wir in der Praxis gerade nur das als »die« Ursache an, worauf es uns gerade ankommt, also im Strafrecht das Täterverhalten. Aus der Tatsache, dass der Erfolg tatsächlich eingetreten ist, entnehmen wir dann, dass die übrigen Bedingungen vorhanden waren, die den Erfolg in Verbindung mit diesem Täterverhalten nach Naturgesetzen notwendig machten. Dieser »Schluss« ist nicht zwingend. Naturgesetze verknüpfen Ursache und Wirkung meistens durch eine extensive Implikation, also einen Satz von der Form »immer wenn q, dann p«. Ein solcher Satz erlaubt einen Schluss von q auf p, aber nicht den umgekehrten; denn er schließt nicht aus, dass p durch eine andere gesetzmäßige Bedingung q' herbeigeführt worden ist. Nur weil meistens keine solche Bedingung q' ersichtlich ist, die geeignet wäre, q zu ersetzen, können wir in der Praxis von der Wirkung auf die Ursache »schließen« und uns mit derart rudimentären Kausalerklärungen begnügen.

Ist die Notwendigkeit des Täterverhaltens in der Kausalerklärung zweifelhaft, so kann die Haftung des Täters auch nicht etwa darauf gestützt werden, dass nach Erfolgseintritt jedenfalls feststeht, dass sein Verhalten Bestandteil einer *hinreichenden* Bedingung ist. Denn wenn wir eine hinreichende Erfolgsbedingung haben und sie durch eine beliebige Tatsache ergänzen, so erhalten wir wieder eine hinreichende Bedingung. Auf diese Weise können wir jede vor Erfolgseintritt gegebene Tatsache mit diesem verknüpfen.³² Der Nachweis der Notwendigkeit ist also unabdingbar.

31 Vgl. *Stegmüller*, Probleme und Resultate, S. 145 ff.; *Engisch*, Die Kausalität, S. 28; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (S. 895 ff.), s.o. Seite 128.

32 Vgl. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863; 865 ff., 875 f. (s.o. Seiten 103 ff., 112 f.).

Ein »Schluss« vom Erfolg auf seine Bedingungen ist hierbei nicht nur theoretisch sondern praktisch nicht möglich, denn es kommt eine Alternativerklärung ohne das Täterverhalten in Betracht. Wir müssen vielmehr feststellen, dass diese Alternativerklärung nach Naturgesetzen doch keine hinreichende Erfolgsbedingung darstellt. Das erfordert u. U. eine genaue Kenntnis der gegebenen Vorbedingungen und der relevanten Gesetzmäßigkeiten. Der *Laplacesche* Weltgeist, der die Strömungsverhältnisse in einem Fluss genau kennt, könnte sagen, ob das Brett, das der Täter zurückgehalten hat, den Ertrinkenden rechtzeitig erreicht hätte, ob der Täter also eine störende Bedingung für dessen Tod beseitigt hat oder nicht. Er wüsste, ob die Unterlassung der medizinischen Hilfe für das kranke Kind eine notwendige Bedingung seines Todes an der Krankheit war oder nicht.³³

Wir sind aber oft nicht in der Lage, die Vorbedingungen im Nachhinein genau genug festzustellen, und ein Kausalprozess ist oft viel zu kompliziert, als dass wir das gesetzmäßige Zusammenwirken seiner Faktoren genau erfassen könnten, auch wenn wir es »im Prinzip« kennen. Von einem berühmten Mathematiker (es könnte sogar *Laplace* gewesen sein) wird folgende Anekdote erzählt: Ein Tischgenosse erklärte ihm seine Bewunderung für die Mathematik, mit deren Hilfe man alles berechnen könne. Daraufhin schüttelte er leicht die volle Weinflasche und sagte: »Dann berechnen Sie doch einmal das hier.« Er hätte ebenso gut einen Würfel rollen, ein Glas fallen lassen oder eine Billardkugel anstoßen können.

Wenn wir bei solchen Verläufen, die wir uns als naturgesetzlich determiniert vorstellen, unsere Unkenntnis der genauen Einzelheiten des tatsächlich abgelaufenen Prozesses durch Anwendung von Wahrscheinlichkeitsregeln ausgleichen, wie es die Risikoerhöhungstheorie vorschlägt,³⁴ so stoßen wir auf ein Problem, das in nicht determinierten Bereichen nicht auftritt. Hier haben wir die Anwendung von Wahrscheinlichkeitssätzen damit legitimiert, dass es strikte Gesetze, die objektiv den Prozess determinieren, nicht gibt. Wir können dabei nicht mit dem Grundsatz »in dubio pro reo« kollidieren, weil das Verlangen, den Erfolg stringent aus Antezedenzen zu erklären, sinnlos wäre.³⁵ Gleichzeitig ist der Bereich abgesteckt, in dem wir Wahrscheinlichkeitsregeln anwenden dürfen, eben als der objektiv nicht determinierte Teil des Prozesses. Begründen wir aber die Anwendung einer Wahrscheinlichkeitsregel mit unserer Unkenntnis, so fragt sich, ob diese Unkenntnis nicht stattdessen unter Anwendung des Satzes »in dubio pro reo« stets durch Unterstellung der für den Täter jeweils günstigsten Annahmen aus-

33 RGSt 51, 127.

34 Vgl. die Beispiele bei *Stratenwerth*, FS Gallas, S. 227 ff.; *ders.*, Allg. Teil I, Rn. 225.

35 NK-Puppe Vor § 13 Rn. 81, 119, 133 (2.Aufl. 2005); *dies.* GA 2003, S. 764 (769); *dies.* JR 1994, S. 514 (515 f.).

zugleichen ist. Und wenn das nicht immer gilt, wie ist dann der Bereich, in dem wir Wahrscheinlichkeitsregeln anwenden dürfen, von dem abzugrenzen, in dem wir unser Nichtwissen durch Unterstellungen zugunsten des Täters ausgleichen müssen? Welcher Art auch unsere Wissenslücken sind und wie sie zustande kommen, wir könnten uns stets mit Wahrscheinlichkeitsregeln behelfen. Denn wenn wir aus einer strikten Kausalerklärung eine Bestimmung streichen, d. h. einen Faktor unbestimmt lassen, so erhalten wir stets eine Wahrscheinlichkeitsregel. Nur wird je nachdem, welche und wie viele Informationen wir gestrichen haben, die Wahrscheinlichkeit größer oder kleiner sein.

Von *Stratenwerth* stammt der Vorschlag, zwischen prinzipiell behebbaren Zweifeln und prinzipiell nicht behebbaren zu unterscheiden und bei den ersteren den Satz »in dubio pro reo« anzuwenden, bei den letzteren die Zurechnung nach Wahrscheinlichkeitsregeln.³⁶ Diese Unterscheidung erinnert ihrer Methode nach an das sog. empirische Sinnkriterium. Danach gilt eine Behauptung nur dann als sinnvoll, wenn eine Methode denkbar ist, sie oder ihr Gegenteil zu beweisen, mag diese auch im Einzelfall aus irgendwelchen Gründen überhaupt nicht, nicht mehr oder noch nicht durchführbar sein.³⁷ *Stratenwerth's* »Sinnkriterium« ist allerdings wohl insofern enger als das empirische Sinnkriterium, als es sich an den im jeweiligen Zeitpunkt tatsächlich gegebenen Grenzen menschlicher Erkenntnismittel orientiert, während das empirische Sinnkriterium wohl auch nur theoretisch denkbare Verfahren zur Beantwortung einer Frage anerkennt, wie etwa die Messung der Bewegungen aller Moleküle in der geschüttelten Weinflasche.

Kommt es zur Feststellung der Kausalität auf Einzelheiten des Verlaufs an, die wir prinzipiell nicht zu erkennen oder wegen der Vielzahl und Komplexität der relevanten Daten nicht zu erfassen vermögen, so wird man sich am ehesten mit der Anwendung von Wahrscheinlichkeitsregeln statt des Satzes »in dubio pro reo« abfinden, weil hinter jenem Satz doch das Postulat steht, dem Angeklagten seine Tat, hier die Kausalität, zu beweisen. Dieses Verlangen wird unsinnig, wenn ein solcher Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern prinzipiell und immer unmöglich ist. Dagegen kann freilich eingewendet werden, dass die Frage nach der Notwendigkeit des Täterverhaltens theoretisch so lange sinnvoll bleibt, wie wir uns den Prozess als objektiv determiniert vorstellen, und dass sich diese Fälle insofern grundsätzlich von denen unterscheiden, in denen wir bisher eine Zurechnung nach Wahrschein-

36 Vgl. FS Gallas, S. 231 ff.; *ders.*, Allg. Teil I, Rn. 225; zustimmend *Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStR 93 (1977), S. 160 ff.; *Schünemann*, JA 1975, 650 f.; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 144 f.; *Rudolphi*, in: SK, Vor § 1 Rn. 69; dagegen *Samson*, FS Welzel, 1974, S. 593 Fn. 68; *ders.*, in: SK, § 16 Rn. 27a.

37 Vgl. etwa *Stegmüller*, Das Wahrheitsproblem und die Idee der Semantik, S. 262 ff.

lichkeitsgesetzen als zulässig und notwendig erkannt haben. Auch bleibt bei Vorsatztaten im determinierten Bereich, bei denen die Notwendigkeit des Tatbeitrags zweifelhaft ist, eine Haftung wegen Versuchs möglich, weil auch der Täter den genauen Kausalprozess nicht kennen kann und gerade für den Fall der Notwendigkeit seines Beitrags diesen erbringt.³⁸ Es bleibt aber der Gegeneinwand, dass dort, wo der Versuch straflos ist, und insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten, aller Strafschutz in diesem Bereich entfällt, wenn man unter Berufung auf den theoretischen Sinn der Beweisfrage ihre praktisch unmögliche Aufklärung für den Schuldbeweis verlangt.³⁹

Eine weitere Frage ist, ob die Anwendung von Wahrscheinlichkeitsregeln auch da zulässig ist, wo eine hinreichend genaue Feststellung des Kausalprozesses zwar prinzipiell möglich ist, aber nicht mit den Beweismitteln, die im Strafprozess zur Verfügung stehen. Vorübergehende Zustände und Ereignisse können im Strafprozess nur durch Zeugen festgestellt werden, also nur so genau, wie sie die »unbewaffneten« Sinne wahrnehmen können. Nur wenn diese Ereignisse von Natur aus oder dank zusätzlicher Maßnahmen dauerhafte Spuren hinterlassen, können sie auch anhand dieser Spuren als Indizien durch Augenscheins- und Sachverständigenbeweis mit technischen Hilfsmitteln nachträglich genauer rekonstruiert werden. Deshalb bleiben die Beweismethoden des Strafprozesses auch bei optimaler Beweislage u. U. hinter dem zurück, was etwa in einem vorbereiteten wissenschaftlichen Experiment an Genauigkeit der Verlaufsbeschreibung geleistet werden kann. Macht ein Hydrograph in einem Fluss eine große Zahl gleichzeitiger Strömungsmessungen, so könnte er vielleicht Weg und Geschwindigkeit eines Brettes vorausberechnen, das an einer bestimmten Stelle in bestimmter Weise in den Fluss fällt. Die Frage, ob das Zurückhalten dieses Brettes notwendiger Bestandteil der Erklärung des Todes eines an einer bestimmten Stelle des Flusses Ertrunkenen ist, ist also sinnvoll und prinzipiell auch beantwortbar. Mit einer Wahrscheinlichkeitserklärung können wir uns also nur dann begnügen, wenn wir eine Art prozessuales Sinnkriterium anerkennen. Danach ist ein Zweifel im Strafprozess nur dann sinnvoll, und deshalb bei Unmöglichkeit seiner Behebung im konkreten Fall zugunsten des Angeklagten zu entscheiden, wenn er bei optimaler Beweislage mit den Beweismitteln des Strafprozesses aufklärbar wäre.

Welche Funktion hat dann noch der Satz »in dubio pro reo« für die Feststellungen zur objektiven Erfolgsszurechnung? Mit anderen Worten, wenn wir uns u. U. für die Erfolgsszurechnung mit einer Risikobeziehung zum Täterverhalten begnügen, obwohl wir uns die Erfolgssentstehung objektiv als kau-

38 Deshalb »zieht« das Argument *Stratenwerths*, FS Gallas, S. 239, nicht, dass bei Ablehnung der Zurechnung kraft Risikosteigerung die Garantenpflicht entfielen, wenn die Erfolgsabwendung nicht sicher ist.

39 *Roxin*, FS Honig, S. 139; *Schaffstein*, FS Honig, S. 172.

sal determiniert vorstellen, warum tun wir das dann nicht immer, wenn wir über einen relevanten Kausalfaktor im konkreten Fall im ungewissen bleiben? Wenn bei der polizeilichen Aufnahme eines Verkehrsunfalls, an dem ein Fahrzeug mit abgefahrenen Reifenprofilen beteiligt war, versäumt wurde festzustellen, ob die Straße nass oder trocken war, so bleibt zweifelhaft, ob der schlechte Zustand der Reifen eine Bedingung dafür war, dass der Wagen nicht rechtzeitig zum Stehen kam; denn bei trockener Straße greifen profillose Reifen sogar besser. Man könnte nun argumentieren, dem Täter geschehe mit der Zurechnung kraft Risikosteigerung kein Unrecht; denn er selbst konnte bei Fahrtantritt nicht voraussehen, ob die Straße nass oder trocken sein werde. Damit wäre der Grundsatz »in dubio pro reo« im Bereich der objektiven Zurechnung außer Kraft gesetzt, und sein Gegenteil würde gelten. Es wäre, und damit zeigt sich der Unterschied zu den Fällen prinzipieller, auch nur praktischer Unentscheidbarkeit einer Frage, von der Beweislage im Einzelfall abhängig, wie hoch die Anforderungen an die objektive Zurechnung tragende Beziehung zwischen Handlung und Erfolg gesteckt werden. Gerade das soll der Satz »in dubio pro reo« verhindern. Beschränken wir dagegen die Anwendung der Zurechnung kraft Risikoerhöhung auf prinzipiell unaufklärbare Ungewissheiten, so erhalten wir für alle Fälle einen allgemeingültigen, von der konkreten Beweislage unabhängigen Zurechnungsmaßstab.

Das Wort »prinzipiell« ist in gewissem Sinne steigerbar. Bei der Erfolgserklärung sind uns drei verschiedene Grade der Grundsätzlichkeit von Ungewissheiten begegnet. Der höchste ist die objektive Unbestimmtheit. Ist ein Prozess objektiv nicht determiniert, so ist es absurd, unter Berufung auf den Satz »in dubio pro reo« den Beweis einer strikten gesetzlichen Verknüpfung zwischen Handlung und Erfolg zu verlangen. Ist der Prozess zwar nach unseren Vorstellungen objektiv kausal determiniert, aber wegen seiner Komplexität mit menschlichen Erkenntnismitteln nicht genau genug erfassbar, um eine logisch zwingende Erfolgserklärung anhand der ihn regierenden Kausalgesetze geben zu können, so ist dieses Verlangen zwar nicht absurd, aber doch auch niemals erfüllbar und insofern unvernünftig. Allerdings wird hier bereits der Maßstab der Sinnlosigkeit relativ, denn er hängt vom jeweils gegenwärtigen Stand unseres Erkenntnisvermögens ab. Mit in Zukunft verfügbaren noch feineren Messmethoden und noch leistungsfähigeren Datenerfassungs- und Datenverarbeitungsanlagen werden wir vielleicht kompliziertere Zusammenhänge noch genauer bestimmen können, als es uns heute möglich ist. Mit der prozessualen Unmöglichkeit einer Aufklärung erreichen wir die niedrigste Stufe prinzipieller Ungewissheit. Hier wird die Anwendung des Risikoerhöhungsprinzips auch in ihren Grenzen problematisch.⁴⁰

40 Mag man beim zweiten und dritten Grad der Ungewissheit noch darum streiten, ob man sich mit einer Zurechnung kraft Risikoerhöhung begnügen oder sie nach dem

Erfolgserklärung durch Wahrscheinlichkeitsregeln

Wir haben gesehen, dass in weiten Bereichen der Rechtsanwendung eine Erfolgserklärung durch strikte Gesetze aus mehr oder weniger prinzipiellen Gründen nicht möglich ist. Wollen wir hier nicht auf eine rationale Erfolgserklärung als Grundlage der objektiven Zurechnung überhaupt verzichten und statt dessen entweder einen anderen Kausalbegriff entwickeln, wie dies bei der psychischen Kausalität ansatzweise geschehen ist, oder die Erfolgsdelikte durch Gefährdungsdelikte ersetzen, so müssen wir versuchen, Erfolgserklärungen durch Wahrscheinlichkeitsgesetze zu geben.⁴¹ Denn Wahrscheinlichkeitsgesetze können wir auch da aufstellen, wo wir keine vollständigen Informationen über die für einen Kausalprozess relevanten Tatsachen haben, und auch da, wo es einen solchen determinierten Kausalprozess objektiv nicht gibt. Insbesondere ist die Aufstellung von Wahrscheinlichkeitsregeln über menschliche Entscheidungen vereinbar mit dem Postulat der Willensfreiheit; sie ermöglicht deshalb Aussagen über die Beeinflussbarkeit menschlichen Verhaltens auch unter diesem Postulat. Das liegt eben daran, dass Wahrscheinlichkeitsregeln den Prozess nicht determinieren, sondern Raum für Freiheit lassen.

Aber damit ist auch klar, dass sie für die Erfolgserklärung nicht das leisten können, was Kausalgesetze leisten. Aus Kausalgesetzen in Verbindung mit den Tatsachen, die deren Voraussetzungen erfüllen, ist der Erfolg logisch ableitbar, nicht aber aus Wahrscheinlichkeitsregeln. Wahrscheinlichkeitsaussagen können auch in Bezug auf einen Erfolg richtig sein, der gar nicht eingetreten ist. Wenn der Einwand gegen die Risikoerhöhungslehre, sie mache

Zweifelsgrundsatz beheben will, so kommt für die erste der Zweifelsgrundsatz nicht in Betracht, weil kein Zweifel vorliegt, sondern eine streng objektive Unbestimmtheit. Ob z. B. ein Patient in eine Heilbehandlung eingewilligt hätte, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre, steht unter der Voraussetzung, dass menschliche Entscheidungen nicht durch Naturgesetze determiniert sind, ohne Zweifel objektiv nicht fest. Fest steht nur, dass sowohl die Bejahung als auch die Verneinung dieser Frage falsch, die Frage selbst also sinnlos ist. Gegen diese Erkenntnis hilft auch keine persönliche Gekränktheit, vgl. Kuhlen JR 2004, S. 227 (228).

⁴¹ Keine Lösung des Problems der nicht determinierten Prozesse ist der Vorschlag vieler Gegner der Risikoerhöhungstheorie, dem an einem solchen Prozess beteiligten einen Versuch der Erfolgsherbeiführung vorzuwerfen, vgl. Jakobs AT 29/20; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten (1993), S. 164; Kuhlen JR 2004, S. 227 (229 f.). Da bei nicht determinierten Verläufen das Erfordernis der determinierten Verursachung, das die Gegner der Risikoerhöhungstheorie für jede Erfolgszurechnung aufstellen, prinzipiell unerfüllbar ist, kann kein Täter den Vorsatz haben, einen nicht determinierten Schadensverlauf zurechenbar zu verursachen, es sei denn, er hält ihn irrtümlich für determiniert, Puppe FS-Roxin (2001), S. 287 (304 f.).

die Erfolgsdelikte zu Gefährungsdelikten,⁴² in dem Sinne zu verstehen ist, dass sie eben keine logische Verknüpfung zwischen Handlung und Erfolg herstellen, aus der dieser ableitbar ist, so ist er nicht zu widerlegen. Aber es fragt sich, ob eine Erfolgszurechnung auf eine logisch schwächere Beziehung zu gründen ist und wie diese aussehen könnte.

Drei Eigenschaften zeichnen eine Kausalerklärung aus, die für ihre Funktion als Erklärung eines Erfolges in einem Einzelfall unerlässlich sind: 1. Sie sagt etwas aus über einen Einzelfall, nicht etwa über eine Klasse von Fällen. 2. Sie ist eine Aussage in der Objektsprache, sagt also etwas über Objekte und nicht etwa über andere Aussagen. 3. Sie gibt eine Beziehung an zwischen bestimmten Tatsachen (Antezedenzen) und dem einzelnen Erfolg. Alle drei Eigenschaften können wir für eine entsprechende Anwendung von Wahrscheinlichkeitsregeln nicht ohne weiteres voraussetzen.

Unter einer Wahrscheinlichkeitsregel stellen wir uns eine Aussage der folgenden Form vor: »Unter den Bedingungen $B_1 B_2 \dots B_x$ besteht eine Wahrscheinlichkeit von $Q\%$ (oder O, Q) für ein Ereignis E .« Was bedeutet hier insbesondere die Angabe $Q\%$? Nach der heute in der Wahrscheinlichkeitsrechnung herrschenden Deutung ist sie der Grenzwert der relativen Häufigkeit von E in einer hinreichend großen Stichprobe aus den Fällen, in denen die angegebenen Vorbedingungen $B_1 \dots B_x$ erfüllt sind. Wir können uns für unsere Zwecke mit folgender Vergrößerung begnügen: Die Wahrscheinlichkeitsregel besagt, dass in $Q\%$ der Fälle, in denen die Bedingungen $B_1, B_2 \dots B_x$ vorliegen, E eintritt. Die Regel betrifft also eine Klasse von Fällen. Eine Aussage über den Einzelfall lässt sich aus ihr ableiten, wenn die Wahrscheinlichkeit 100% erreicht; denn dann ergibt sich aus der Tatsache, dass unser Einzelfall zu jener Klasse gehört, dass auch bei ihm E eintreten muss. Analog dazu wird aus der statistischen Wahrscheinlichkeit eine sog. induktive Wahrscheinlichkeit für den Einzelfall abgeleitet. Sie besagt, dass aus dem Wahrscheinlichkeitsgesetz über die relative Häufigkeit von E in einer Klasse von Fällen für einen Einzelfall dieser Klasse die Aussage folgt, dass E mit einer größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit prognostizierbar ist.⁴³ Ob die metrische Angabe dann noch einen Sinn hat, wenn man sie nicht auf eine Menge und deren Teilmenge bezieht, ist zweifelhaft. Man kann aber auf die metrische Angabe verzichten und nur komparativ von einer größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit sprechen oder klassifikatorisch von einer hohen oder geringen.

42 So *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, S. 155; *ders.*, in: SK, Anhang zu § 16 Rn. 27a; *Schroeder*, in: LK, § 16 Rn. 190; *Baumann*, Allg. Teil, B. Aufl. 1977, S. 284.

43 Vgl. *Carnap*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaften, 2. Aufl. 1974, S. 38 ff., insbesondere S. 46; *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, 1959, S. 23 ff.; *Stegmüller*, Probleme und Resultate, S. 650 ff.

Wenn wir solche aus beliebigen Wahrscheinlichkeitsregeln abgeleiteten Sätze über induktive Wahrscheinlichkeit aber als Aussagen über einen Zustand in der Wirklichkeit, also als Aussagen in der Objektsprache anerkennen, werden Widersprüche möglich. Denn je nachdem, welche und wie viele Antezedenzbedingungen wir betrachten, können wir zu mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeiten kommen, also zu Aussagen über diesen »wirklichen Zustand der Gefahr«, die einander widersprechen und doch alle aus wahren Sätzen abgeleitet sind. Eine solche Wahrscheinlichkeitsaussage ist eben nur gültig in Bezug auf die Antezedenzbedingungen, die die angewandte Wahrscheinlichkeitsregel voraussetzt; mit anderen Worten, wir können die sog. Abtrennungsregel nicht anwenden, nach der eine logisch zwingende Folgerung von ihren Prämissen gelöst werden kann, wenn deren Wahrheit feststeht. Wir können die induktive Wahrscheinlichkeitsaussage also nur interpretieren als Aussage über die Prämissen der Wahrscheinlichkeitsregel, nicht über einen wirklichen, objektiv bestehenden Sachverhalt. Eine solche, auf bestimmte Prämissen bezogene Wahrscheinlichkeit ist das, was der Strafrechtler eine abstrakte Gefahr nennt. Ein solches abstraktes Gefährlichkeitsurteil ist eine Aussage in der Metasprache, eine Aussage über Sätze, nicht über Objekte und Sachverhalte. Es kann also nicht in einer Erfolgserklärung vorkommen, in der wir doch etwas über Objekte und Sachverhalte aussagen wollen.

Es sind verschiedene Regeln der Wahrscheinlichkeitsbestimmung vorgeschlagen worden, die die oben skizzierte Widerspruchsmöglichkeit ausschließen und uns so berechtigen, von einer wirklichen Wahrscheinlichkeit oder Gefahr im Einzelfall zu sprechen. Die erste ist die Forderung *Carnaps*, der Wahrscheinlichkeitsfeststellung alle zurzeit vorliegenden bzw. bekannten Daten zugrunde zu legen, sog. Forderung des Gesamtdatums.⁴⁴ Aus einem solchen Gesamtdatum ist für jedes Ereignis zu einem bestimmten Zeitpunkt jeweils nur ein Wahrscheinlichkeitsgrad ableitbar. Aber abgesehen von der Unhandlichkeit und Unpraktikabilität dieser Idealforderung, ist diese Lösung für die Zwecke der Erfolgszurechnung nicht brauchbar, denn sie verknüpft jeden Erfolg mit jedem vorhergehenden Verhalten. Eine Möglichkeit, einzelne Sachverhalte aus diesem Gesamtdatum als für eine Gefahrbegründung relevant auszuzeichnen, gibt *Hempels* Regel der maximalen Bestimmtheit an.⁴⁵ Danach ist ein Sachverhalt aus dem Gesamtdatum in die Bestimmung der Voraussetzungen einer induktiven Wahrscheinlichkeit dann aufzuneh-

44 Vgl. *Carnap*, *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit*, S. 83 f.; dazu *Stegmüller*, *Probleme und Resultate*, S. 659 ff.

45 Vgl. *Hempel*, *Deductive-nomological vs. statistical explanation*, in: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, Vol. III, *Scientific Explanation, Space and Time*, 1962, 2nd printing 1966, S. 98 ff., insbesondere S. 138 f.; dazu *Stegmüller*, *Probleme und Resultate*, S. 664 ff.

men, wenn er den von dem Wahrscheinlichkeitsgesetz angegebenen Grad der statistischen Wahrscheinlichkeit nach oben oder unten verändert. Für die Zwecke der Erfolgszurechnung im Rechtssinne kann und muss diese Regel weiter dahin eingeschränkt werden, dass unter diesen für die wirkliche Wahrscheinlichkeitsbestimmung maßgebenden Tatsachen als Anknüpfungspunkte der Zurechnung die nicht in Frage kommen, die die Wahrscheinlichkeit des Erfolges reduzieren.⁴⁶ Damit sind wir genau beim Zurechnungsprinzip der Risikoerhöhungstheorie. Nichts anderes besagt die Forderung von *Stratenwerth*, unter Ausschöpfung aller Erkenntnismittel ex post das »wirkliche« Risiko zu bestimmen und festzustellen, ob der Täter es gesteigert hat.⁴⁷

Damit haben wir ein wirkliches Risiko und das Täterverhalten als dessen legitimen Bestandteil, aber immer noch keine Beziehung zum eingetretenen Erfolg. Die Risikofeststellung schließt das Ausbleiben des Erfolges nicht aus, wäre also auch in diesem Falle gültig. Die Verfechter der Risikoerhöhungstheorie begnügen sich auch nicht mit der Feststellung, dass ein solches wirkliches Risiko vom Täter gesteigert worden und der Erfolg dann eingetreten ist, sondern verlangen darüber hinaus, dass »sich dieses Risiko in dem Erfolgseintritt realisiert« hat⁴⁸ oder dass dieses Risiko »in den Erfolg umgeschlagen ist«.⁴⁹ Dieses Erfordernis soll offenbar die notwendige Beziehung zwischen Risiko und Erfolg darstellen.

Das reale Risiko und die Risikorealisierung oder vom Unterschied zwischen einer Wahrscheinlichkeitsprognose und einer Wahrscheinlichkeitserklärung

Was aber mit dem Erfordernis der Risikorealisierung gemeint ist, d. h. welche weitere Beziehung zwischen dem Risiko eines bestimmten Erfolges und dem eingetretenen Erfolg bestehen muss, um sagen zu können, in jenem Erfolg habe sich dieses Risiko verwirklicht, wird nicht weiter erläutert. Nicht zu verwechseln ist diese Beziehung zunächst mit dem Erfordernis der Gefahrrealisierung, das die Lehre vom Schutzzweck der Norm aufstellt. Hier geht es darum, dass eine Norm nicht vor jeder im Einzelfall mit ihrer Über-

46 Diese Konstellation ist nicht zu verwechseln mit dem oben ausgeschiedenen Fall der Erfolgsminderung. Gemeint ist hier der Fall, dass es dem zugunsten des Rechtsguts Einschreitenden überhaupt nicht gelingt, den Erfolg selbst abzumildern, sondern nur das Risiko zu verringern, indem er z. B. vergeblich versuchte, den Täter von der Tat abzubringen oder das Opfer zu warnen.

47 FS Gallas, S. 230; *ders.*, AT I, Rn. 225; so auch *Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 431; *Rudolphi*, in: SK, Vor § 1 Rn. 65.

48 *Rudolphi*, in: SK, Vor § 1 Rn. 67; *ders.*, JuS 1979, 552; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl. 1975, S. 308; vgl. auch *Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 440.

49 So die Formulierung von *Stratenwerth*, vgl. FS Gallas, S. 137; *ders.*, AT I, Rn. 215.

tretung verbundenen Schädigung schützen soll, sondern nur vor denjenigen schädlichen Prozessen, zu deren Abwendung sie generell geeignet ist. Eine Gefahrrealisierung in diesem Sinne kann sogar dann verneint werden, wenn die Normübertretung notwendiger Bestandteil der strikten Kausalerklärung des Erfolges ist.⁵⁰

Die naheliegendste Bestimmung der Risikorealisation wäre die, dass die gefahrbegründenden Faktoren den Erfolg tatsächlich verursacht haben müssen, sei es, dass die reale Gefahr i. S. der Regel der maximalen Bestimmtheit schon im Tatzeitpunkt eine hundertprozentige war, sei es, dass sich der zunächst noch nicht vollständig determinierte Prozess durch nachträgliches Hinzutreten weiterer Tatsachen zu einem determinierten entwickelt hat. In beiden Fällen können wir aber das Täterverhalten ex post in die gültige strikte Kausalerklärung des Erfolges einbeziehen und brauchen die Risikoerhöhung nicht als Zurechnungsgrund.⁵¹

In der Kausalitätsbeziehung ist aber eine logisch schwächere Beziehung zwischen Ursache und Wirkung enthalten, die auch auf Wahrscheinlichkeits-erklärungen übertragbar und mit dem Ausdruck Gefahrrealisierung gemeint sein könnte. Es ist möglich, dass wir aufgrund von bestimmten Tatsachen nach Kausalgesetzen eine sichere Prognose eines Erfolges anstellen können und doch diese Tatsachen nicht die Ursache des Erfolges sind. Es handelt sich dann um eine Ersatzursache, einen auf einen bestimmten Erfolg hin angelegten Kausalprozess, der von einem anderen, auf den gleichen Erfolg zulaufenden, überholt worden ist. Wir könnten auch sagen, die in dem ersten Prozess angelegte hundertprozentige Gefahr hat sich nicht in dem Erfolgeintritt realisiert. Woran aber erkennen wir, welcher Kausalprozess der überholende und welcher der überholte ist? Können wir dieses Verfahren auf Wahrscheinlichkeitsprozesse übertragen, so könnten wir für sie eine adäquate Bestimmung der Gefahrrealisierung geben.

Alle Kausalgesetze sind Nahwirkungsgesetze, d. h. sie verknüpfen zeitlich und örtlich entfernte Ereignisse nicht unmittelbar, sondern über zeitlich und örtlich benachbarte Ereignisse als Zwischenstadien. Bildlich spricht man von einer Kausalkette und deren Gliedern. Würden wir unmittelbare Fernwirkungen akzeptieren, so könnten wir nicht annehmen, dass jeder Vorgang eine begrenzte Ausbreitungsgeschwindigkeit (maximal die des Lichtes) hat. Haben wir eine gesetzmäßige Verknüpfung zwischen zwei zeitlich oder örtlich

50 Zur Bestimmung des Schutzzwecks einer Sorgfaltsnorm siehe *Puppe*, »Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm«, FS-Bemmann, S. 227 (232 ff.), s.u. Seiten 176 ff.

51 Diese Möglichkeit ist, wie oben S. 150 f. ausgeführt, lediglich dann nicht gegeben, wenn dem Täter die Risikosteigerung gerade hinsichtlich des seinerseits nicht naturgesetzlich determinierten Kausalfaktors vorzuwerfen ist; aber dann können wir die Risikorealisation auch nicht als Verursachung im Sinne der Kausalerklärung definieren.

entfernten Ereignissen, so muss es also möglich sein, sie dadurch genauer zu beschreiben, dass gesetzmäßige Verknüpfungen zwischen benachbarten Ereignissen angegeben werden, die beide miteinander verbinden. Man nennt das eine kinetische Kausalerklärung. Jedes Glied einer solchen Kausalkette ist nach Gesetzen zureichende Mindestbedingung für das folgende und hat seinerseits das vorausgehende als zureichende gesetzmäßige Mindestbedingung. Wie eine solche Kausalkette aussehen muss, bestimmen also die Kausalgesetze. Deshalb ist es möglich, eine solche Kausalkette unabhängig von der Wirklichkeit zu bilden und dann mit der Wirklichkeit zu vergleichen, und es ist auch möglich, mehrere Kausalketten voneinander zu trennen, die zu demselben Erfolg führen. Beides müssen wir tun, um die wirkliche Ursache von einer Ersatzursache zu unterscheiden.

Eine gesetzmäßige Erfolgsbedingung erweist sich nämlich dann als Ersatzursache, wenn ein Teil der sie mit dem Erfolg nach den angewandten Gesetzen verknüpfenden Ereignisse in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat. Da die Ausgangsbedingung eine hundertprozentige Prognose des Erfolges begründet hat,⁵² kann das nur daran liegen, dass der Kausalprozess von einem anderen überholt worden ist, der den Erfolg herbeigeführt hat, ehe der erste alle seine gesetzmäßigen Stadien zum Erfolg durchlaufen hatte. Um dies festzustellen, müssen wir nicht die vollständige kinetische Kausalerklärung für beide Prozesse geben; es genügt festzustellen, dass gesetzmäßige Bestandteile einer solchen Erklärung fehlen, um sie als Ersatzerklärung zu erkennen.

Führen wir das Verfahren an einem Beispiel durch. Das Opfer wurde durch einen fahrlässig von einem anderen herbeigeführten Unfall lebensgefährlich verletzt. In der Klinik stellt sich außerdem eine schwere Krankheit heraus, die durch einen Kunstfehler des behandelnden Arztes eine lebensgefährliche Form annimmt. Unsere Aufgabe ist festzustellen, ob der Unfallbeteiligte oder der Arzt den Tod des Patienten verursacht hat, keiner von beiden oder auch beide. Die Krankheit erweist sich als bloße Ersatzursache, wenn Symptome, die dem Tod an dieser Krankheit gesetzmäßig vorausgehen, sich nicht mehr ausgebildet haben, ebenso die Unfallverletzung, wenn ein Teil der Zwischenstadien, über die sie zum Tode führen konnte, nicht mehr aufgetreten ist. Sind die gesetzmäßigen Zwischenstadien beider Kausalprozesse gegeben, so haben wir es mit einem Fall kumulativer Kausalität zu tun.

Versuchen wir dieses Verfahren auf Wahrscheinlichkeitserklärungen zu übertragen, um dadurch zu bestimmen, wann sich eine nicht hundertprozentige Gefahr in einem Erfolg realisiert hat, so tauchen zwei neue Probleme auf: 1. verschiedene Wahrscheinlichkeitserklärungen voneinander zu trennen, 2. einen Faktor in einer Wahrscheinlichkeitserklärung unabhängig von den gegebenen Tatsachen als notwendig zu erweisen, um die Erklärung abzuleh-

⁵² Näher dazu *Puppe*, ZStW 92 (1980), S. 888, s.o. Seite 122.

nen, wenn dieser Faktor in Wirklichkeit fehlt. Beides scheint durch die Regel von der maximalen Bestimmtheit ausgeschlossen. Erstens sind nach ihr alle Faktoren, die die Möglichkeit eines Erfolges begründen, in eine einzige Gefahrbeschreibung, eben die reale Gefahr, zusammenzufassen, zweitens richtet sich der Inhalt einer solchen Gefahrbeschreibung nicht nach abstrakten Gesetzen, sondern nach den tatsächlichen Gegebenheiten; wie soll in ihr etwas notwendig sein, was nicht gegeben ist?

Das erste Problem ist lösbar, wenn eine der beiden konkurrierenden Erklärungen, gleichgültig ob sie sich als die realisierte oder als Ersatzklärung erweist, eine hundertprozentige Wahrscheinlichkeitserklärung, also eine strikte Kausalerklärung ist. Eine hundertprozentige Wahrscheinlichkeit ist nicht steigerbar. Die Erklärung, die eine solche Wahrscheinlichkeit angibt, ist also auch i. S. der Regel von der maximalen Bestimmtheit vollständig. Gibt es daneben noch andere Wahrscheinlichkeitsfaktoren für den gleichen Erfolg, so können sie von dieser getrennt und zu einer anderen Wahrscheinlichkeitserklärung zusammengefasst werden. Hinsichtlich der strikten Kausalerklärung kann dann die oben vorgeführte Probe angestellt werden; erweist sie sich dabei als Ersatzursache, dann hat sich die hundertprozentige Gefahr nicht realisiert.

Hier zeigt sich der Unterschied zwischen einer Erklärung und einer Prognose, zwischen der realen und der realisierten Gefahr. Gälte es, eine Prognose für den Erfolg aufzustellen, mit anderen Worten, die reale Gefahr in einem bestimmten Zeitpunkt festzustellen, so wäre es natürlich ein Fehler, von der hundertprozentigen Ersatzklärung abzusehen.

Die zweite Schwierigkeit tritt auf, wenn wir die Wahrscheinlichkeitserklärung selbst darauf hin prüfen wollen, ob sich die in ihr beschriebene Gefahr realisiert hat oder ob sie nur eine Ersatzklärung ist. Es gibt keinen Maßstab der Vollständigkeit für Wahrscheinlichkeitsgesetze. Darum können wir eine Wahrscheinlichkeitserklärung nicht wie eine strikte Kausalerklärung dadurch als nicht realisiert erweisen, dass ihre Voraussetzungen nur unvollständig gegeben sind. Trotzdem kann es Faktoren geben, die in einer Wahrscheinlichkeitserklärung notwendig sind, nämlich diejenigen, bei deren Fehlen sich die Wahrscheinlichkeit auf Null reduziert. Fehlt ein solcher Faktor, so wissen wir, dass der Erfolg auf eine andere Erklärung zurückgeführt werden muss, hier also allein auf die konkurrierende Kausalerklärung. Dabei ist gleichgültig, ob der notwendige Gefahrfaktor deshalb fehlt, weil sein Gegenteil eingetreten ist oder weil der Wahrscheinlichkeitsprozess in einem früheren Stadium durch den Kausalprozess überholt wurde.

Wandeln wir unser Beispiel dahin ab, dass wir uns die Krankheit als nicht vollständig determinierten Prozess vorstellen. Es kann nun sein, dass sich die Krankheit trotz des Kunstfehlers weiter so entwickelt, dass das lebensgefährliche Stadium überwunden wird, d. h. es tritt ein Zustand ein, nach dem die Prognose des Patienten, sieht man von den Unfallverletzungen und deren

Folgen ab, hundertprozentig positiv ist. Es ist auch möglich, dass sich die Symptome, die eine kinetische Wahrscheinlichkeitserklärung als notwendig erweist, nur deshalb nicht eingestellt haben, weil der Patient vorher gestorben ist. In beiden Fällen ist sein Tod nicht auf die Krankheit zurückzuführen, und es muss für ihn eine andere Erklärung, etwa die Unfallverletzung, geben. Die Gefahr des Kunstfehlers hat sich nicht realisiert, er stellt lediglich eine Ersatzklärung für den Erfolg dar. Können wir das nicht feststellen, so sind beide Erklärungen kumulativ gültig.

Eine konkurrierende Erklärung kann auch dann als eine hundertprozentige behandelt werden, wenn sie sich erst im Zeitablauf durch Hinzukommen von vorher nicht determinierten Tatsachen zu einer hundertprozentigen entwickelt. Dann ist sie von konkurrierenden Wahrscheinlichkeitserklärungen trennbar. Das ist auch dann der Fall, wenn ein im oben erläuterten Sinne notwendiger Faktor sie zu einer hundertprozentigen machen würde, auch wenn dieser Faktor nicht eingetreten ist. Krankheitsverläufe oder psychisch bedingte Prozesse können von solcher Art sein.

Eine Krankheit etwa, die zunächst keine sichere Prognose über ihren Ausgang gestattet, kann in ein kritisches Stadium treten, in dem der Eintritt oder das Ausbleiben einer Entwicklung darüber entscheidet, ob sie zum Tode führt oder nicht. Bleibt dann diese Verschlechterung aus, so kommt die Krankheit nicht mehr als Erklärung des Erfolges in Betracht, tritt sie ein, so ist nach dem eben beschriebenen Verfahren zu ermitteln, ob die Krankheit eine gültige Erfolgserklärung oder nur eine Ersatzklärung ist.

Eine Täuschung kann nur dadurch eine Selbstschädigung herbeiführen, dass sich der Getäuschte zu einer Vermögensdisposition entschließt. Trifft er sie nicht und tritt der Schaden gleichwohl ein, so steht fest, dass sie nicht die Gefahr der Täuschung realisiert hat und dass es andere Ursachen dafür geben muss. Trifft er sie, so tritt der Schaden u. U. mit hundertprozentiger Sicherheit sofort oder später durch einen naturgesetzlich bestimmten Prozess ein. Dieser Prozess kann dann von anderen möglichen Schadensgefahren getrennt werden. Er und mit ihm das in der Täuschung gegebene Schadensrisiko hat sich realisiert, wenn seine gesetzmäßigen Stadien vollständig verwirklicht sind.

Konkurrieren aber zwei Wahrscheinlichkeitserklärungen, ohne dass die eben geschilderten Besonderheiten gegeben sind, so sind sie nicht ohne Willkür voneinander zu trennen. Die Frage, ob eine von ihnen eine Ersatzklärung ist, ist dann nicht mehr zu entscheiden. Im Fall BGHSt. 13, 13 etwa kann nicht entschieden werden, ob sich in der Darlehenshingabe an den schlechten Schuldner die Gefahr der Täuschung über dessen Bonität realisiert hat oder (nur) die Gefahr, die in der Vertrauensseligkeit und Dienstbeflissenheit des Geldgebers gegenüber Amtspersonen lag. Keine von beiden begründet nach allgemeinen Gesetzen eine hundertprozentige Erklärung für den Erfolg, keine hat sich im Verlauf der Entwicklung auf Null reduziert oder auf

100 % gesteigert. Nach der Regel von der maximalen Bestimmtheit bilden beide Faktoren die reale Gefahr, die in den Erfolg umgeschlagen ist.

Das ist der Grund dafür, dass bei einer Zurechnung aufgrund einer Risiko-steigerung nur verlangt werden kann, dass sich das gesteigerte Risiko realisiert hat, nicht aber die Risikosteigerung für sich allein betrachtet. Beide sind nach der Regel von der maximalen Bestimmtheit der Gefahr nicht zu trennen.⁵³ Das Erfordernis der Realisierung der Risikosteigerung ist deshalb sinnlos.

Eine Gefahr hat sich also in einem eingetretenen Erfolg realisiert oder ist in den Erfolg umgeschlagen, wenn sie sich nicht als Ersatzerklärung erweist. In der Praxis ist das nur selten problematisch, weil keine Alternativklärung in Betracht kommt. Damit haben wir eine Beziehung zwischen dem Risiko und dem tatsächlich eingetretenen Erfolg.

Diese ist insofern schwächer als die Kausalität, als sich der Erfolg nicht logisch zwingend aus der Gefahr herleiten lässt. Für die Zurechnung des Erfolges aufgrund der Täterhandlung ist dieses Manko aber nicht so erheblich, wie es auf den ersten Blick scheint. *Stratenwerth* weist darauf hin, dass wir Erfolge in der Regel dadurch erzielen, dass wir zunächst nur eine Wahrscheinlichkeit für ihren Eintritt schaffen.⁵⁴ Zunächst kann das bedeuten, dass der Täter, auch wenn er eine Ursache des Erfolges setzt, in der Regel die weiteren Erfolgsbedingungen noch nicht vollständig kennt. Aber es ist auch möglich, dass er eine Handlung setzt, die sich zwar später als notwendiger Bestandteil einer strikten Kausalerklärung des Erfolges erweist, aber zunächst auch objektiv nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für dessen Eintritt und nicht Gewissheit begründet. Das ist dann der Fall, wenn nach der Handlung weitere nicht kausal determinierte Tatsachen hinzutreten, die den Erfolg zusammen mit ihr nach Naturgesetzen notwendig machen. Das Opfer geht in die ihm vom Täter gestellte Falle, der andere Unfallbeteiligte reagiert nicht optimal und wendet das Unglück deshalb nicht ab. Hier ergibt sich die Ursächlichkeit des Täterverhaltens für den Erfolg nach strikten Gesetzen, und niemand lehnt seine Haftung dafür deshalb ab, weil er ihn objektiv nicht voll beherrscht, d. h. durch seine Handlung noch nicht notwendig gemacht hat. Der Unterschied zwischen einer Setzung einer naturgesetzlichen Erfolgsbedingung und eines in den Erfolg umgeschlagenen Risikos deckt sich also nicht notwendig mit der Unterscheidung nach größerer oder geringerer objektiver Beherrschung des Erfolgseintritts durch die Täterhandlung. Der Schritt von einer Zurechnung kraft Kausalität zu einer Zurechnung kraft Schaffung oder Steigerung des im Erfolgseintritt realisierten Risikos ist kleiner und weniger bedeutungsvoll, als es auf den ersten Blick den Anschein hat.

⁵³ Vgl. dazu *Rudolphi*, JuS 1969, 554; *ders.*, in: SK, Vor § 1 Rn. 68; *Stratenwerth*, FS Gallas, S. 238.

⁵⁴ Vgl. FS Gallas, S. 238.

Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm

(Festschrift für Günter Bemann 1997, 227–245)

Alles Gescheite
ist schon gedacht worden,
man muss nur versuchen,
es noch einmal zu denken.

Johann Wolfgang von Goethe

Der Begriff der adäquaten Ursachen bei *von Kries* und die Generalisierung des Kausalverlaufs

Der Begriff der adäquaten Kausalität, als dessen Schöpfer *von Kries* gilt,¹ wird in der heutigen Lehrbuch- und Kommentarliteratur meist dahin erklärt, dass er ein Minimum an genereller Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs von der Täterhandlung zum Erfolg fordere und demgemäß geeignet sei, sog. abenteuerliche Kausalverläufe auszuschließen, d.h. solche, die außerhalb der normalen Lebenserfahrung liegen.² Als Beispiele für solche durch das Adäquanzerfordernis ausgeschlossene abenteuerliche Kausalverläufe wird etwa angeführt der Fall des Neffen, der seinen Erbonkel bei Gewitter in den Wald schickt, wo dieser wunschgemäß vom Blitz erschlagen wird,³ oder zu häufigen Flugreisen überredet, bis dieser bei einem Flugzeugabsturz ums Leben kommt, oder der Fall des Attentäters, dessen Opfer nicht an der tödlichen Wirkung der Wunde stirbt, sondern bei einem Verkehrsunfall auf dem Weg ins Krankenhaus, durch einen Krankenhausbrand oder durch einen Narkosezwischenfall bei einer Nachoperation.⁴

Die Lehre von der Adäquanz des Kausalverlaufs als Erfordernis der Zurechnung des Erfolges gilt heute als überholt durch die moderne Lehre von

1 Mit seinem Aufsatz »Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte«, ZStW 9 (1889), 528 ff.; vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 13 Rn. 87; Jakobs, AT 7/31; Roxin, AT 11/31.

2 Dreher/Tröndle § 16 Rn. 7; Lackner § 15 Rn. 12; Schönke/Schröder-Cramer § 15 Rn. 55; Baumann/Weber/Mitsch, AT § 20 Rn. 23 ff.

3 Welzel, S. 66; vgl. Roxin, AT 11/36.

4 Stratenwerth, AT Rn. 275 ff.; Schmidhäuser, AT 7/51; Maurauch/Zipf AT 23/28; Engisch, Die Kausalität als Merkmal des strafrechtlichen Tatbestandes (1931), S. 41.

der objektiven Zurechnung,⁵ die an Stelle des naturalistischen Kriteriums der Vorhersehbarkeit ein Arsenal differenzierterer und normativ besser begründeter Zurechnungsvoraussetzungen entwickelt hat. Dazu gehört vor allem das Erfordernis, dass der Täter ein unerlaubtes Risiko geschaffen hat, das sich im Kausalverlauf zum Erfolg realisiert hat,⁶ und dass dieser Kausalverlauf in den Schutzbereich der Norm fällt, m. a. W. vom Schutzzweck der Norm erfasst wird.⁷ Die Kausalverläufe, die früher mit Hilfe des Erfordernisses der Adäquanz ausgeschlossen wurden, werden heute im Allgemeinen einem erlaubten Risiko zugerechnet. Es ist erlaubt, einen anderen dem Risiko eines Spazierganges bei Gewitter, einer Flugreise, der Teilnahme am Straßenverkehr oder des Aufenthalts in einem Hause auszusetzen.⁸

Liest man aber die Arbeit von *von Kries* einmal nach, auf die die Lehre von der Adäquanz des Kausalverlaufs zurückgeführt wird, so ist darin nicht von abenteuerlichen Kausalverläufen und kaum von genereller Vorhersehbarkeit die Rede. Es heißt dort:

»Prüft man nun die Bedingungen, von welchen das allgemeine Rechtsgefühl die strafrechtliche Zurechnung eines verletzenden Erfolges abhängig macht, so findet man, dass jedenfalls die konkrete Verursachung noch keinen ausreichenden Grund für die Zurechnung abgibt. Auch dadurch, dass man die Zurechnung außer von der Verursachung noch von der Schuld abhängig macht, gelangt man noch zu keiner genügenden Bestimmung. Es ist vielmehr erforderlich, noch hinzuzufügen, dass das rechtswidrige Verhalten mit dem verursachten Erfolg in einem *generellen Zusammenhange* stehe, dass es, gemäß den allgemeinen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft, *generell geeignet* sei, derartige Verletzungen herbeizuführen. Man kann die Verursachung in einem solchen Falle eine adäquate nennen und wird im Gegensatz dazu von einer nicht adäquaten sprechen, wenn ohne einen allgemeinen Zusammenhang nur bezüglich des Einzelfalles sich behaupten lässt, dass der Erfolg bei Fehlen einer gewissen rechtswidrigen Handlung nicht eingetreten wäre. Ein Fall dieser letzteren Art liegt vor, wenn z.B. ein Kutscher aus Unachtsamkeit, etwa schlafend, den rechten Weg verfehlt und der Reisende, den er fährt, vom Blitz erschlagen wird. Die Fahrlässigkeit hat hier in concreto den Tod des Fahrgastes verursacht, d.h. das Ereignis wäre bei normalem Verhalten ausgeblieben. Gleichwohl ist der Erfolg nicht zuzurechnen, weil das Schlafen des Kutschers im Allgemeinen die Möglichkeit einer Tötung

5 *Roxin*, AT 11/34 ff.; *Maurach/Zipf* AT 18/35; vgl. *Stratenwerth*, AT Rn. 278; *Schmidhäuser* AT 5/60.

6 *Schönke/Schröder-Lenckner*, Rn. 92 Vor § 13; *SK-Rudolphi*, Rn. 62 f. Vor § 1; *Roxin*, AT 11/41 ff.; *Kühl*, AT Rn. 43; *Jescheck/Weigend*, AT § 28 IV (S. 287).

7 *Schönke/Schnöder-Lenckner*, Vor § 13 Rn. 92; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 64; *Roxin*, AT 11/68 ff.; *Wessels* AT Rn. 180.

8 *SK-Rudolphi*, Rn. 57 Vor § 1; *Jakobs*, AT 7/35 ff.; *Roxin*, AT 11/55 ff.

durch Blitzschlag nicht vermehrt, eine solche herbeizuführen nicht *generell geeignet* ist.⁹ (Hervorhebungen nicht original)

Es ging also *von Kries* darum, die Zurechnung des Erfolges zu einem Verhalten auszuschließen, obwohl dessen Ursächlichkeit für den Erfolg im Einzelfall feststeht, weil dieses Verhalten nicht generell geeignet ist, Erfolge dieser Art herbeizuführen.

Da mit der Kausalität des Verhaltens im Einzelfall auch dessen Geeignetheit zur Erfolgsverursachung im Einzelfall feststeht, kann es, und das hat *von Kries* bereits klar erkannt, nur um eine Verallgemeinerung, also um eine Abstraktion von gewissen Einzelheiten des Falles gehen. Die Frage ist nur, von welchen.

Sieht man nur von der Individualität der Beteiligten ab und hält sich im Übrigen genau an den wirklichen Fall, so ergibt sich keine neue Erkenntnis, denn dass in diesem Einzelfall die Einhaltung der Sorgfaltsnorm den Erfolg verhindert hätte, ist bereits mit der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung festgestellt. Abstrahiert man aber zu weitgehend vom Einzelfall, so erhält man auch keine neue Erkenntnis, denn jede Sorgfaltsnorm ist geeignet, irgendwelche schädigenden Kausalverläufe zu verhindern. Bereits *Engisch* hat dieses Problem klar herausgearbeitet.¹⁰ Er hat es aber nicht weiter verfolgt, sondern sich stattdessen Fragen zugewandt wie der nach dem Grad der erforderlichen Erfolgswahrscheinlichkeit, nach der Wissensbasis des Wahrscheinlichkeitsurteils und danach, ob die Adäquanz ein Begriffselement der Kausalität sei oder ein zusätzliches Zurechnungserfordernis.¹¹ Es soll hier nicht der Frage nachgegangen werden, ob die unvollkommene Rezeption der *von Kriesschen* Lehre in der späteren Strafrechtsdogmatik bis auf den heutigen Tag hierauf zurückzuführen ist. Das mag einer dogmengeschichtlichen Untersuchung vorbehalten bleiben. Es bleibt aber festzuhalten, dass der Versuch von *von Kries*, zwischen einer bloß zufälligen und einer generell geeigneten Verursachung des Erfolges zu unterscheiden, daran gescheitert ist, dass er nicht angeben konnte, wie und inwieweit der einzelne Kausalverlauf zu verallgemeinern ist, um die generelle Eignung zur Erfolgsherbeiführung festzustellen. Was von seiner Lehre übrig geblieben ist, ist ein aussageschwaches und schwammiges Kriterium der generellen Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, das für die Entscheidung der Frage nach der Zurechnung des Erfolges wenig leistet und in der Tat heute überflüssig ist, das aber mit dem ursprünglichen Anliegen von *von Kries*, bloß zufällige Erfolgsverursachungen von solchen zu unterscheiden, die auf einer generellen Eignung beruhen, nicht viel zu tun hat.

9 *von Kries*, »Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte«, ZStW 9 (1889), 528 (532).

10 *Engisch*, (1931), S. 43.

11 *Engisch*, (1931), S. 45 ff.

Wäre der Grundgedanke von der adäquaten Verursachung bei *von Kries* sorgfältiger rezipiert und weiter verfolgt worden, so hätten die wichtigsten Erkenntnisse der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung hundert Jahre früher gewonnen werden können. Diese Lehre ist auf einem anderen Wege, über das Kriterium der Bezweckbarkeit des Erfolges und der Rezeption des zivilrechtlichen Topos vom Schutzzweck der Norm, zu dieser Fragestellung gelang.¹² Bis heute hat sie, wie zu zeigen sein wird, das theoretische Niveau der von Kriesschen Formulierung des Problems noch kaum erreicht. Die erforderliche Generalisierung wird intuitiv vorgenommen, es fehlt ihr bisher die theoretische Grundlage. Es soll versucht werden, das Problem der Generalisierung, an dem *von Kries* gescheitert ist, theoretisch zu lösen.

Eingrenzung des Problems

Auszuscheiden sind zunächst die Fälle, in denen der Täter gar kein unerlaubtes Risiko gesetzt hat. Wer trotz verkehrsgerechten Autofahren in einen Unfall verwickelt wird, ist für diesen zwar kausal, aber er ist ihm nicht zuzurechnen. Ebenfalls auszuschließen sind diejenigen Fälle, in denen der Täter zwar ein unerlaubtes Risiko gesetzt hat, dieses sich aber nicht im Erfolg realisiert hat, weil diejenigen Eigenschaften des Täterverhaltens, um derentwillen es unerlaubt ist, in der Kausalerklärung des Erfolges gar nicht vorkommen. Ein Beispiel dafür ist der Autofahrer, der mit defekten Bremsen oder abgefahren Reifen fährt, aber nur dadurch die Körperverletzung des Insassen eines anderen Autos mitverursacht, dass dessen Fahrer von hinten auf ihn auffährt, als er an einer Ampel halten muss. Ohne Zweifel hätte der Täter mit diesem Kraftfahrzeug in diesem Zustand die Fahrt nicht antreten dürfen und es mag durchaus sein, dass er den Unfall nicht verursacht hätte, wenn er sich an diese Regel gehalten hätte, weil ihm kein Zweitwagen zur Verfügung stand. Trotzdem wird ihm der Erfolg nicht zugerechnet, *weil sich die Gefahr der defekten Bremsen oder Reifen in diesem Erfolg nicht »realisiert« haben*.¹³ *Um diesen Risikozusammenhang zu formulieren, hält die h. L. es für nötig, den wirklichen Kausalverlauf mit einem fiktiven zu vergleichen, in dem an die Stelle des fehlerhaften Täterverhaltens ein korrektes tritt. Der Risikozusammenhang soll nur dann bestehen, wenn in diesem fiktiven Fall der Erfolg nicht eingetreten wäre, sog. Vermeidbarkeitsprinzip*.¹⁴ *Zunächst ist diese*

12 *Honig*, in: Festgabe für R. v. Frank, S. 174, 188; *Rudolphi*, »Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre«, JuS 1969, 549, 552; *AK-Zielinski*, §§ 15, 16 Rn. 115; *Schönke/Schröder-Lenckner*, Rn. 95 f. Vor § 13; *Roxin AT* 11/68 ff.

13 *NK-Puppe*, Rn. 195 Vor § 13; *dies.*, »Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten«, ZStW 99 (1987), 595, (601 f.).

14 *LK-Schroeder* § 16 Rn. 188, 190; *SK-Hoyer Anh.* § 16 Rn. 67; *Otto*, GS-Schlüchter (2002), 77 (86 f.); *Ulsenheimer JZ* 1969, 364 (367).

Bestimmung des Risikozusammenhanges nicht eindeutig, wenn der Täter verschiedene rechtmäßige Verhaltensalternativen hatte. In unserem Beispielfall hätte der Täter den Unfall vermieden, wenn er statt mit dem nicht verkehrssicheren Auto mit dem Fahrrad oder der Straßenbahn gefahren wäre, nicht aber, wenn er statt dessen ein anderes, verkehrssicheres Auto, etwa das seiner Ehefrau, benutzt hätte. Vor allem aber ist das Vermeidbarkeitsprinzip nicht richtig, weil es dazu führt, dass mehrere Beteiligte, deren Sorgfaltspflichtverletzungen so schwer waren, dass eine jede den Unfall auch dann verursacht hätte, wenn der andere ein sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten an den Tag gelegt hätte, sich gegenseitig entlasten, so Puppe FS-Roxin, S. 287 (290 ff.). In Fällen, in denen einer der Beteiligten den Unfall nicht überlebt hatte, hat der BGH in der Tat den anderen wegen Unvermeidbarkeit des Unfalls durch sorgfältiges Alternativverhalten freigesprochen.¹⁵ Zu der Frage, ob der Unfall auch bei pflichtgemäßem Täterverhalten eingetreten wäre, sieht sich die h. L. deshalb genötigt, weil sie als Ursachen eines Erfolges nur Ereignisse, z. B. Handlungen, anerkennt, nicht aber Eigenschaften von Handlungen. Deshalb kann sie das in der Verkehrsteilnahme des Täters stets enthaltene erlaubte Risiko vom unerlaubten Risiko seiner Sorgfaltspflichtverletzung nicht anders trennen als dadurch, dass sie irgendein erlaubtes Täterverhalten fingiert. Ein Ursachenzusammenhang ist aber kein Spiel von Kräften oder Ereignissen, sondern jeder empirische Bedingungs-zusammenhang. Diese Erkenntnis eröffnet die Möglichkeit einer eindeutigen und logisch korrekten Bestimmung der Kausalität einer Sorgfaltspflichtverletzung und deren direkte Überprüfung ohne fiktive Alternativfälle. Eine sorgfaltspflichtwidrige Eigenschaft des Täterverhaltens ist genau dann eine Ursache des Unfalls, wenn sie angegeben werden muss, um den wirklichen Unfallverlauf zu erklären, wenn sie notwendiger Bestandteil der hinreichenden Bedingung des Unfalls ist, die sich tatsächlich ereignet hat.

Der heute in der Lehre von der objektiven Zurechnung geläufige Topos von der Realisierung der unerlaubten Gefahr¹⁶ erweist sich als ein echtes Kausalitätserfordernis. Nicht nur die Handlung des Täters muss kausal für den Erfolg sein, sondern gerade *diejenigen Eigenschaften* der Handlung, die ihre Sorgfaltswidrigkeit ausmachen.¹⁷

Leicht festzustellen ist das Fehlen der generellen Geeignetheit in den Fällen, in denen der Täter ein erlaubtes Risiko auf unerlaubte Weise herbeiführt. Dies sind die Fälle, an denen *von Kries* vorzugsweise sein Geeignetheitser-

¹⁵ BGHSt 11, 1 ff.; BGH VRS 25, 262 ff.

¹⁶ Roxin, Honig-FS, 113 ff.; ders., Gallas-FS, 241 ff.; SK-Rudolphi, Rn. 57 Vor § 1; LK-Jescheck, Rn. 59 ff. Vor § 13; Schönke/Schröder-Lenckner, Rn. 92 Vor § 13; AK-Zielinski, §§ 15/16, Rn. 108; Maurach/Zipf AT/I, 248.

¹⁷ NK-Puppe, Rn. 195 Vor § 13; dies. ZStW 99, 595 (601); vgl. auch Jakobs AT 7/78.

fordernis demonstriert¹⁸ und an denen heute das demonstriert wird, was man aus diesem Kriterium gemacht hat und seither »Adäquanz« nennt, die generelle Vorhersehbarkeit.¹⁹ Hierher gehört der Fall des Messerstechers, dessen möglicherweise lebensgefährlich und möglicherweise mit Tötungsvorsatz verletztes Opfer auf der Taxifahrt zum Krankenhaus in einen tödlichen Verkehrsunfall verwickelt wird, bei einem Krankenhausbrand umkommt oder in Folge eines Narkosezwischenfalls bei einer notwendig gewordenen, an sich ungefährlichen Nachoperation. Hier kann die Kausalität des Täterverhaltens, und zwar auch mit seinen unerlaubten Eigenschaften, für den Kausalverlauf im Einzelfall nicht bestritten werden. Das Opfer hätte keinen Anlass gehabt, gerade diese Autofahrt zu unternehmen, bei der der tödliche Unfall geschah, oder sich gerade zu dieser Zeit in dem Krankenhaus aufzuhalten, zu der der Brand ausbrach, wenn es nicht zuvor vom Täter in unerlaubter Weise angegriffen worden wäre. Aber diejenigen Eigenschaften des Täterverhaltens, die mit einem Rechtsgebot unvereinbar sind, werden nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zwischenstadiums zur Erklärung des Kausalverlaufs gebraucht, nämlich bis zu dem Moment, in dem das Opfer die Taxifahrt oder den Aufenthalt in dem Krankenhaus antritt. Diese Zwischenstadien selbst aber stellen erlaubte Zustände dar, auch wenn sie auf unerlaubte Weise herbeigeführt worden sind. Das gilt auch dann, wenn sie, wie die Teilnahme am Straßenverkehr, an sich gefährlich sind, ihre Herbeiführung durch unerlaubte Mittel also geeignet ist, die Zahl der Schadensfälle zu erhöhen. Der Zurechnungszusammenhang ist also unterbrochen, wenn für den weiteren Kausalverlauf nur noch erlaubte Effekte des Täterverhaltens gebraucht werden. Es fehlt dann an der *Durchgängigkeit* der unerlaubten Faktoren in der Kausalkette.²⁰

Ist der vom Täter auf unerlaubte Weise gesetzte erlaubte Effekt nicht generell gefährlich, so bewährt sich in solchen Fällen der Unterbrechung des

18 Vgl. das Kutscherbeispiel im obigen Zitat.

19 S.o. Fußnoten 2–4; vgl. auch *Engisch*, (1931), S. 41.

20 NK-*Puppe*, Rn. 220 Vor § 13; Ich habe dieses Durchgängigkeitserfordernis dahin formuliert, dass die Täterhandlung mit dem Erfolg durch eine Kausalkette unerlaubter Zustände verknüpft sein muss, ZStW 99 (1987) 595, (610 f.); *Jakobs* AT 7/Fn. 131j hält es für richtig, den Begriff »Zustände« durch den Begriff »Risiken« zu ersetzen, so dass sich als Zurechnungserfordernis ergibt: Die Handlung muss mit dem Erfolg durch eine Kette unerlaubter Risiken verbunden sein. So will *Jakobs* das Zurechnungserfordernis der generellen Geeignetheit ganz überflüssig machen. Das geschieht aber um den Preis, dass das Durchgängigkeitserfordernis tautologisch wird. Welche Beziehung muss denn zwischen den unerlaubten Risiken bestehen, die die Kette bilden und welche zum Erfolg? Offenbar muss sich im jeweils späteren Risiko das frühere realisieren. Aber um die Frage, was der Ausdruck bedeutet, dass sich in einem Erfolg ein Risiko realisiert hat, geht es doch gerade. Man erklärt nichts, indem man sagt: Ein unerlaubtes Risiko hat sich realisiert, wenn sich eine Kette von unerlaubten Risiken realisiert hat.

Zurechnungszusammenhangs das von *Kriessche* Geeignetheitskriterium. Hierher gehören der von *Kriessche* Kutscherfall sowie die Fälle, in denen ein Autofahrer ein Haltegebot oder eine Geschwindigkeitsbegrenzung missachtet, der Unfall aber erst später stattfindet, während der Fahrer sich verkehrsrichtig verhält. Hier wird das sorgfaltswidrige Verhalten des Täters nur zur Erklärung der Tatsache gebraucht, dass er sich zur Unfallzeit an einem bestimmten Ort befand. Dieser Zustand ist an sich erlaubt. Also ist die Einhaltung von Geschwindigkeitsbegrenzungen und Haltegeboten generell nicht geeignet, die Wahrscheinlichkeit zu reduzieren, dass sich ein Kraftfahrer gerade dann an einem bestimmten Ort befindet, wenn ein anderer einen unfallträchtigen Fehler begeht.

Die heutige Lehre von der objektiven Zurechnung löst diese Fälle meist mit Hilfe des Topos vom *Schutzzweck der Norm*. Es heißt, die Sorgfaltsnorm habe nicht den Zweck, Kausalverläufe solcher Art zu verhindern,²¹ sie solle sie nicht verhindern, oder sie wolle sie nicht verhindern.²² Warum sie diesen Zweck nicht hat, bleibt unklar, und die Anspielung auf einen Willen der Norm ist, da ja offensichtlich nicht ein Wille des historischen Gesetzgebers gemeint ist, den Anwendungsbereich der Norm auf bestimmte Kausalverläufe einzuschränken, nichts weiter als ein Anthropomorphismus. Man frage doch einmal eine Norm, was sie denn will.

Die Ablehnung der objektiven Zurechnung des Unfalls in unserem Beispielfall, dass eine Geschwindigkeitsübertretung dadurch für einen Unfall kausal wird, dass dank ihrer das Auto sich zur Unfallzeit am Unfallort befand, wird mit dem Argument begründet, dass der Autofahrer den Unfall auch vermieden hätte, wenn er die Geschwindigkeitsbegrenzung noch krasser übertreten hätte.²³ Aber das Argument beweist zu viel. Wäre es richtig, so könnte sich jeder Raser damit entlasten, auch der, dessen Bremsweg zu lang war, den Zusammenstoß zu verhindern. Auch er wäre dem anderen Unfallbeteiligten nicht begegnet, wenn er noch schneller gefahren wäre. Aber niemand wendet das Argument auf diesen Fall an, es kann also auch im anderen das Richtige nicht getroffen haben. All diese Topoi hindern die Lehre von der objektiven Zurechnung daran, etwas zu erkennen, was von *Kries* bereits erkannt hatte: dass es bei der Ermittlung des sog. Schutzzwecks der Norm

21 SK-*Rudolphi*, Rn. 64 Vor § 1; Schönke/Schröder-*Lenckner*, Rn. 92 Vor § 13; *Roxin*, AT 11/68 ff.; *Wessels*, AT Rn. 180.

22 SK-*Samson*, Anhang zu § 16 Rn. 28; *Wessels*, AT Rn. 673; *Roxin*, AT 11/69; *Rudolphi*, JuS 1969, 549, 554; kritisch dazu NK-*Puppe*, Rn. 215 Vor § 13; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (615).

23 Schönke/Schröder-*Cramer*; § 15, Rn. 167; vgl. *Jakobs*, AT 7/80; aus der Rechtspr. z.B. OLG Düsseldorf, VRS 85, 286, 287.

überhaupt um eine *Verallgemeinerung*, also um eine Abstraktion vom Einzelfall geht.²⁴

Die Mehrdeutigkeit des Kriteriums der generellen Geeignetheit

Die Frage nach der generellen Geeignetheit lässt sich aber nur ausnahmsweise dadurch beantworten, dass man den Kausalverlauf zeitlich in einzelne unerlaubte und erlaubte Stadien aufgliedert. Es kann nämlich sein, dass unerlaubte Eigenschaften oder unerlaubte Effekte des Täterverhaltens bis zuletzt zur kausalen Erklärung des Enderfolges gebraucht werden, weil dieser sich auch unmittelbar vor dem Unfall falsch verhält, und die Zurechnung des Erfolges trotzdem am Erfordernis der generellen Geeignetheit der Befolgung der Sorgfaltsnorm scheitern muss, die Wahrscheinlichkeit von Schadensverläufen der vorliegenden Art zu reduzieren. Dann tritt das Problem der Verallgemeinerung auf. Die folgende Fallkonstellation ist vom BGH mehrfach, und zwar in gegensätzlichem Sinne, entschieden worden, weil verschieden verallgemeinert worden ist:

Der eine Geschwindigkeitsbegrenzung missachtende Autofahrer kann durch Bremsen nicht mehr den Zusammenstoß mit einem anderen Verkehrsteilnehmer verhindern, der seinerseits verkehrswidrig seine Fahrbahn kreuzt. Die Angabe der zu hohen Geschwindigkeit ist aber nicht deshalb für die Erklärung des Kausalverlaufs erforderlich, weil der Fahrer bei korrekter Geschwindigkeit sein Fahrzeug vor der Zusammenstoßstelle noch hätte anhalten können, sondern deshalb, weil bei im Übrigen gleichem zeitlichem Ablauf des Geschehens der andere Verkehrsteilnehmer auf seiner Strecke noch ein kleines Stück hätte zurücklegen können, ehe der Autofahrer den Zusammenstoßpunkt erreichte, und so dem Zusammenstoß gerade noch entgangen wäre. Hier hat der BGH zunächst dahin geurteilt, dass es nicht der Sinn einer Geschwindigkeitsbegrenzung sei, einem anderen Verkehrsteilnehmer zu ermöglichen, ein etwas längeres Stück auf seiner Strecke zurückzulegen und so dem Zusammenstoß zu entgehen.²⁵ In einem neueren Urteil hat der gleiche Senat aber dahin entschieden, dass es der Schutzzweck einer Geschwindigkeitsbegrenzung sei, in einer kritischen Situation dafür zu sorgen, dass der Fahrer »so bremsen kann, dass es gerade noch einmal gut geht«.²⁶

24 So in neuerer Zeit als erster *Niewenhuis*, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, (1984), S. 134 ff.

25 BGH VRS 20, 129; BGH VRS 23, 369; BGH VRS 26, 203.

26 BGHSt 33, 61, 65 mit krit. Anm. *Puppe*, JZ 1985, 295 ff.; *Streng*, »Zum rechtlichen Zusammenhang zwischen überhöhter Geschwindigkeit und Verkehrsunfall«, NJW 1985, 2809 ff.; *Ebert*, »Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung«, JR 1985, 356 ff.

Die Kontroverse ist damit zu erklären, dass in verschiedener Weise und vor allem in *verschiedenem Ausmaß verallgemeinert* worden ist und sich je nachdem, wie man dies tut, ein positives oder negatives Urteil über die Geeignetheit ergibt. Geschwindigkeitsbegrenzungen sind generell nicht geeignet, zu garantieren, dass der andere Verkehrsteilnehmer bloß wegen seiner Eigenbewegung dem Zusammenstoß noch entgeht. Denn dieser Effekt kann zwar manchmal durch die Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung erreicht werden, manchmal aber auch gerade durch ihre Überschreitung. Dagegen lässt sich kaum bestreiten, dass Geschwindigkeitsbegrenzungen generell geeignet sind, in kritischen Situationen dafür zu sorgen, dass es »gerade noch einmal gut geht«, weil sie den Fahrer in den Stand setzen, schneller und effektiver auf ein plötzlich auftauchendes Hindernis zu reagieren.

Eine Theorie der generellen Ungeeignetheit

Es ist nun nicht möglich, allgemeine formale Regeln dafür aufzustellen, wie der Einzelfall richtig zu verallgemeinern ist, um die Frage zu entscheiden, ob die Normbefolgung generell geeignet ist, Kausalverläufe »dieser Art« zu verhindern. Das liegt daran, dass die Frage, welche Klasse von Kausalverläufen die Einhaltung einer Sorgfaltsnorm zu verhindern überhaupt geeignet ist, eine empirische und keine logische ist. Jede Sorgfaltsnorm beruht auf bestimmten empirischen Kenntnissen oder Annahmen darüber, dass bei ihrer Einhaltung die Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter, schädigender Kausalverläufe reduziert wird. Diese Annahme könnte statistisch verifiziert werden, man begnügt sich aber in der Regel mit ihrer Plausibilität.

Nun besteht aber immer die Gefahr, dass die Klassen von Verläufen, die zur Ermittlung der generellen Geeignetheit der Normbefolgung zur Reduktion der Schadenswahrscheinlichkeit verglichen werden, zu weit gefasst werden, d.h., dass sie jeweils eine Unterklasse enthalten, bei der die Normbefolgung die Schadenswahrscheinlichkeit nicht reduziert. Ein Beispiel dafür ist die zweite Verallgemeinerung des BGH. Es lässt sich nicht bestreiten, dass eine Geschwindigkeitsbegrenzung generell geeignet ist, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass es bei verkehrswidrigem Kreuzen der Fahrbahn »gerade noch einmal gutgeht«. Diese Verallgemeinerung enthält aber als Unterklasse auch diejenigen Fälle, in denen Eintritt oder Ausbleiben des Erfolges nicht vom Bremsweg des Täters, sondern nur von der Eigenbewegung des anderen Beteiligten abhängen. Innerhalb dieser Klasse von Verläufen wird die Unfallhäufigkeit durch die Einhaltung einer Geschwindigkeitsbegrenzung nicht signifikant reduziert. Denn je nach der Lage der Fahrzeuge zueinander im Augenblick der erforderlichen Bremsung kann die Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung durch den einen Fahrer mit der Folge, dass der andere Verkehrsteilnehmer vor Erreichen der Höhe des ersten noch ein längeres

Stück auf seinem Wege zurücklegt, einmal den Zusammenstoß verhindern, ein andermal ihn gerade verursachen.

Dieser Effekt der Einhaltung der Sorgfaltsnorm, in gewissen Konstellationen, die mit dem zu entscheidenden Fall gemeinsame Merkmale aufweisen, den Erfolgseintritt gerade herbeizuführen, statt ihn zu verhindern, ist es, der die Zweifel an der Zurechenbarkeit des Erfolges begründet.

Wir hatten gesehen, dass wir für jede Sorgfaltsnorm, die überhaupt geeignet ist, irgendwelche Schadensverläufe zu verhindern, Verallgemeinerungen des Einzelfalls angeben können, für die sich ergibt, dass die Schadenswahrscheinlichkeit bei Einhaltung der Sorgfaltsnorm signifikant geringer ist als bei ihrer Übertretung. Es ist bisher nicht gelungen, allgemeine Regeln dafür anzugeben, wie der Einzelfall zu verallgemeinern ist, um die generelle Geeignetheit der Sorgfaltsnorm zur Verhinderung des Schadens darzutun. Vielleicht kommen wir der Lösung dieses Problems näher, wenn wir die Fragestellung umkehren, also nicht danach fragen, für welche Klasse von Fallkonstellationen die Befolgung der Norm generell geeignet ist, einen Schaden zu verhindern, sondern danach, *für welche Klasse von Fallkonstellationen sie dazu nicht geeignet ist*. Versuchen wir also, statt einer Theorie der generellen Geeignetheit eine der generellen Ungeeignetheit zu entwickeln, aus der die *Regeln* abzuleiten sein sollen, *nach denen der Einzelfall zu verallgemeinern ist*, um darzutun, dass er zu denen gehört, bei denen die Einhaltung der Norm zur Erfolgsabwendung generell ungeeignet ist. Wir müssen also zunächst allgemein erklären, wie es dazu kommt, dass wir geneigt sind, der Norm die generelle Eignung zur Abwendung des Schadens abzusprechen in Bezug auf einen Einzelfall, in dem ihre spezielle Eignung dazu bereits feststeht.

Dies ist damit zu erklären, dass Klassen von Fällen denkbar sind, in denen die Einhaltung der Norm im Vergleich zu ihrer Missachtung nur eine *Umverteilung der Schadensfälle* begründen würde.²⁷ Unser Beispielfall gehört anscheinend dazu. Es hängt von der zufälligen Position der beteiligten Verkehrsteilnehmer ab, bei welcher Geschwindigkeit des einen von ihnen der andere allein aufgrund seiner Eigenbewegung dem Zusammenstoß entgeht und bei welcher nicht. Diese Positionen hängen vom Zufall ab und sind bei einer hinreichend großen Menge von Fällen annähernd gleich verteilt. Es ist also plausibel, dass aufgrund der Eigenbewegung des anderen Verkehrsteilnehmers der Zusammenstoß bei Einhaltung der Norm in annähernd ebenso vielen Fällen verhindert wird wie bei ihrer Übertretung. Wir können also, um die generelle Ungeeignetheit der Geschwindigkeitsbegrenzung zur Erfolgsverhinderung durch die Eigenbewegung des anderen Verkehrsteilnehmers darzutun, den Einzelfall dahin verallgemeinern, dass wir die Positionen der

²⁷ Puppe ZStW 99 (1987), 595, 614; vgl. auch Jakobs, AT 7/81, Rn. 131; AK-Zielinski, §§ 15, 16 Rn. 118.

beteiligten Verkehrsteilnehmer vor Beginn der erforderlichen Bremsung unbestimmt lassen. Die erste und wichtigste Regel der Verallgemeinerung lautet also: Es ist von solchen Angaben des Einzelfalls abzusehen, die in dem Sinne zufällig sind, dass nicht zu erwarten ist, sie würden gerade so ausgestaltet sein, dass die Normbefolgung zur Verhinderung des Erfolges führt und die Übertretung nicht. Dies sind insbesondere natürliche Kausalfaktoren und solche Verhaltensweisen anderer Beteiligter, die ihnen von Rechts wegen freistehen. Hängt die Geeignetheit der Normbefolgung zur Verhinderung des Erfolges im Einzelfall von einem solchen Faktor ab, so ist dies noch kein Grund, dem Geschädigten diejenige Rettungschance nicht normativ zu garantieren, die sich daraus ergibt, dass sie im Einzelfall gerade so gestaltet waren, dass die Normbefolgung das Schadensereignis verhindert hätte. Es ist aber ein legitimer Grund, ihm diese Rettungschance nicht mehr normativ zu garantieren, wenn die Fälle, in denen diese nicht regelbaren, also zufälligen Kausalfaktoren den Erfolg bei Normbefolgung verhindern, nicht häufiger sind als diejenigen, in denen sie sie gerade herbeiführen. Dann ist die Aussage sinnvoll und legitim, dass die Norm, deren Befolgung im Einzelfall den Schaden verhindert hätte, nicht generell dazu geeignet war.

Die Verallgemeinerung natürlicher Ursachen

Zufällige Kausalfaktoren, von denen im Einzelfall die Wirksamkeit der Sorgfaltnorm zur Verhinderung des Erfolges abhängig ist, müssen soweit verallgemeinert werden, als ihre Zufälligkeit reicht. D.h., es dürfen in die Beschreibung der Klasse, auf der das Urteil der generellen Ungeeignetheit beruhen soll, nicht willkürlich Bestimmungen aufgenommen werden, die vom Zufall abhängig sind. Sonst wird das Verfahren der Feststellung der Ungeeignetheit manipulierbar. Hierfür ein Beispiel. Nehmen wir an, um der Steinschlagsgefahr willen gilt auf einer Straße eine Geschwindigkeitsbegrenzung. Der Stein fällt nun genau in dem Abstand vor das Fahrzeug, bei dem der Bremsweg bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit gerade noch ausgereicht hätte. Da der Fahrer zu schnell fährt, kommt ein Mitfahrer zu Schaden. Im Einzelfall steht die Eignung der Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung zur Verhinderung des Schadens also fest. Man kann nun versuchen, die zufälligen Kausalfaktoren des Falles dergestalt zu verallgemeinern, dass dies durch andere Fälle ausgeglichen wird, in denen gerade die Missachtung der Geschwindigkeitsbegrenzung den Erfolg verhindert hätte, weil das Fahrzeug vor Auftreffen des Steines dessen Ort bereits passiert hätte. Die Wahrscheinlichkeit dieser Fälle kann nun so groß sein, dass sie die derjenigen Fälle der Eignung der Geschwindigkeitsbegrenzung zur Schadensverhinderung aufwiegt, die gerade in diese Kausalbeschreibung aufgenommen worden sind, nämlich diejenigen, in denen bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit der Bremsweg zur Verhinderung der Kollision gerade noch ausreicht.

Diese Verallgemeinerung ist aber unzulässig, weil sie den Zufall nicht eliminiert, sondern selektiv zur Geltung bringt. Um ihn zu eliminieren, muss der Abstand des Fahrzeugs vom aufschlagenden Stein gänzlich unbestimmt gelassen werden. Dann enthält die zu prüfende Klasse zwar immer noch Fälle, in denen gerade die Übertretung der Geschwindigkeitsbegrenzung den Unfall vermeiden, ihre Befolgung ihn gerade herbeiführen würde, diese sind aber signifikant seltener als die umgekehrten. Wäre das anders, beispielsweise weil die Steine zu dicht fallen, als dass man eine Kollision mit ihnen durch Bremsen vermeiden könnte, so hätte eine Geschwindigkeitsbegrenzung zur Vorbeugung gegen Steinschlagsgefahr in der Tat keinen Zweck mehr und es wäre geboten, die Steinschlagszone möglichst schnell statt langsam zu durchfahren.

Die Verallgemeinerung des Verhaltens anderer Beteiligten

Ebenso wie für natürliche Ursachen gilt für das Verhalten anderer Beteiligten, dass es so weit zu verallgemeinern ist, als es nicht durch Sorgfaltsregeln bestimmt ist. Setzen wir also an die Stelle des herunterfallenden Steins einen die Fahrbahn kreuzenden Verkehrsteilnehmer, der sich sorgfaltsgemäß verhält, so muss auch dessen Abstand von dem zu schnell fahrenden Fahrzeug bis zur Grenze der Sorgfaltswidrigkeit offen gelassen werden. Die Verallgemeinerung darf aber nicht so weit getrieben werden, dass sie auch sorgfaltswidriges Verhalten des anderen Verkehrsteilnehmers umfasst, das dieser nicht an den Tag gelegt hat. Denn das sorgfaltsgemäße Verhalten des anderen Verkehrsteilnehmers entspricht den Erwartungen und Zwecken der Rechtsordnung, ist also in ihrem Sinne kein Zufall.

Kommt im wirklichen Kausalverlauf ein sorgfaltswidriges Verhalten eines anderen Beteiligten vor, so darf es aus dem gleichen Grunde nicht so verallgemeinert werden, dass die Beschreibung auch noch krassere Sorgfaltspflichtverletzungen umfasst. Man kann also beispielsweise die generelle Ungeeignetheit einer Geschwindigkeitsbegrenzung, die im Einzelfall deshalb zur Abwendung des Unfalls geeignet war, weil dann der Bremsweg kürzer gewesen wäre, nicht mit der Begründung ablehnen, dass auch bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit der Bremsweg nicht ausgereicht hätte, wenn der andere Beteiligte die Fahrbahn des ersten in noch kürzerem Abstand gekreuzt hätte. Es ist prinzipiell nicht ausgeschlossen, das normwidrige Verhalten des anderen so zu verallgemeinern, dass es auch weniger schwere Normverletzungen und auch normgemäße Verhaltensweisen umfasst, solange die tatsächliche Normverletzung in dem allgemeinen Begriff noch enthalten ist. Aber das wäre kontraproduktiv. Unser Ziel ist ja, eine Verallgemeinerung des Einzelfalls anzugeben, bei der sich die Normbefolgung als ungeeignet zur Erfolgsverhinderung erweist. Das ist nicht dadurch zu erreichen, dass man die mitursächliche Normverletzung des anderen verringert. Es ist also legitim

und zweckmäßig, diese in genau *dem gleichen Grade zu belassen*, in dem sie im Einzelfall vorliegt.

Am schwierigsten zu handhaben sind die Fälle der Mehrfachkausalität, die ja bereits bei der Feststellung der Kausalität und der Realisierung der unerlaubten Gefahr die größten Schwierigkeiten machen. Für die generelle Geeignetheit gilt hier ebenso wie für die Kausalität und die Realisierung der unerlaubten Gefahr, dass *das Vorhandensein einer weiteren konkurrierenden Kausalerklärung*, die auf einer Sorgfaltspflichtverletzung eines anderen Beteiligten beruht, *die Zurechnung nicht hindern darf*. Sonst würden sich die mehreren Beteiligten bei mehrfacher Kausalität gegenseitig entlasten. Das gilt auch dann, wenn der andere Beteiligte das Opfer ist, es darf in soweit nicht schlechter gestellt werden als ein anderer Täter.²⁸

Um hier die richtige Methode der Prüfung der generellen Geeignetheit zu entwickeln, ist zunächst daran zu erinnern, wie das Problem der Feststellung der Kausalität und der Realisierung des unerlaubten Risikos (Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung) in solchen Fällen zu lösen ist, in denen mehrere Ursachen, die sich gegenseitig ersetzen können, miteinander konkurrieren. Der berühmte Fall BGHSt 11, 1 gehört hierher. Hier hatte der BGH die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung eines Lastzugfahrers, der einen Radfahrer in dem viel zu knappen Abstand von 75 cm überholt hatte, mit der Begründung abgelehnt, wegen der Trunkenheit des Radfahrers sei nicht auszuschließen, dass auch bei ordnungsgemäßem Abstand von 1,50 m bis 2,00 m der Radfahrer unter die Räder des Lastzuges geraten wäre.

Um zu verhindern, dass sich mehrere Beteiligte gegenseitig entlasten, sofern sie konkurrierende Erfolgsursachen setzen, ist bei der Bestimmung des Begriffs der Einzelursache zunächst darauf zu verzichten, dass sie eine schlechthin notwendige Bedingung der kausalen Erklärung des Schadensereignisses sein muss. Es genügt, dass sie ein notwendiger Bestandteil einer von möglicherweise mehreren vorhandenen hinreichenden Bedingungen des Erfolgesintritts war.²⁹ Dieses Erfordernis ist bereits dann erfüllt, wenn das Verhalten eines Beteiligten das Schadensereignis kausal erklärt, sofern die

28 Deshalb ist die Unterscheidung abzulehnen, die in BGHSt 30, 228 (231) gemacht wird, dass sich der Täter auf das Argument, der Schaden wäre wegen sorgfaltswidrigen Verhaltens eines anderen auch eingetreten, wenn er selbst sich richtig verhalten hätte, zwar dann berufen kann, wenn dieser andere der Geschädigte, nicht aber wenn er ein Nebentäter ist, vgl. *Puppe* »Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung« JuS 1981, 660 f.

29 NK-*Puppe* Vor § 13 Rn. 96; *dies.* ZStW 92 (1980), 863 (875 ff.), s.o. Seiten 112 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat (1989), 83 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten (1993), 150 ff.; *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen (1995), 224 ff.; *Hilgendorf*, »Der gesetzmäßige Zusammenhang i.S. der modernen Kausallehre«, Jura 1995, 514 (516).

Frage offen gelassen wird, ob der andere sich ebenfalls sorgfaltswidrig verhalten hat.³⁰ Dann ergibt sich die Kausalität des zu knappen Überholens durch den Lastzugfahrer daraus, dass dies in Verbindung mit anderen gegebenen Tatsachen zur Erklärung des Unfalls hinreicht, auch wenn man die Frage unentschieden lässt, ob der Radfahrer nüchtern oder angetrunken war.

Bei der Prüfung der generellen Geeignetheit ist nun in gleicher Weise zu verfahren. Mehrere Sorgfaltspflichtverletzungen, die im Einzelfall als Ursachen miteinander konkurrieren, sind dadurch voneinander zu trennen, dass man auch bei einer Verallgemeinerung des Einzelfalles die konkurrierende Sorgfaltspflichtverletzung des anderen Beteiligten nicht einbezieht, sondern *offen lässt*, ob er sich *sorgfaltsgemäß verhalten hat oder sorgfaltswidrig*.

Dieser Schritt bedarf freilich der Rechtfertigung, denn er stellt eine Ausnahme von unserer Regel dar, dass zur Feststellung der generellen Ungeeignetheit der Norm jede Verallgemeinerung des Einzelfalles genügt, bei der sich annähernde Gleichheit ergibt zwischen den Fällen, in denen die Erfüllung der Norm den Schaden verhindert und denen, in denen sie ihn gerade herbeiführt.

Aber eine im Einzelfall konkurrierende Kausalerklärung ebenso wie eine bereitstehende Reserveursache haben wir ja bereits bei der Feststellung der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung ausgeschieden. Es ist nur derjenige Kausalverlauf zu verallgemeinern, auf dem die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung beruht. Er darf aber nicht durch neue spezielle Angaben aus dem Einzelfall ergänzt werden. Also darf eine konkurrierende Ursache oder eine Reserveursache auch bei dem nachfolgenden Schritt der Verallgemeinerung nicht wieder aufgenommen werden.

Deshalb ist in Fällen der Mehrfachkausalität, aber nur in diesen, von der Normwidrigkeit des anderen Beteiligten auch bei der Prüfung der generellen Geeignetheit abzusehen, sofern das normwidrige Verhalten des anderen Beteiligten nicht als notwendiger Bestandteil in dem Kausalverlauf vorkommt, der die Kausalität der Normverletzung auch des Täters begründet, also beide Normverletzungen zusammen erst den Erfolg erklären.

Die Verallgemeinerung des Täterverhaltens

Auch für das Täterverhalten, soweit es nicht normwidrig war, gilt, dass es so weit zu verallgemeinern ist, wie es nicht durch Normen oder Erfahrungssätze geregelt ist. Tut man dies, so erweisen sich die *Fälle, in denen das Durchgängigkeitserfordernis fehlt, als Sonderfälle der generellen Ungeeignetheit*. Es sind z. B. Fälle, in denen die Sorgfaltspflichtverletzung nur dadurch zum Schaden führt, dass sie im vorliegenden Einzelfall Voraussetzung

³⁰ NK-Puppe Vor § 13 Rn. 198 ff.; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (605 ff.); im Ergebnis ähnlich Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Erfolgsbedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, NJW 1984, 1425 (1429).

dafür war, dass sich der eine Unfallbeteiligte gerade zu dem Zeitpunkt an dem Ort befand, wo ein anderer einen unfallträchtigen Fehler beging. Verallgemeinern wir die übrigen Verhaltensweisen des Täters, beispielsweise den Zeitpunkt des Fahrtantritts, die innerhalb der Fahrt erlaubten Geschwindigkeiten, die möglichen Pausen sowie das Verhalten des anderen Beteiligten soweit, wie es vom Zufall abhängig ist, so stellt sich heraus, dass die Wahrscheinlichkeit der Fälle, in denen die Einhaltung der Sorgfaltsnorm den Eintritt einer solchen Situation verhindert, annähernd so groß ist wie die der Fälle, in denen sie diese gerade herbeiführt. Eine Geschwindigkeitsbegrenzung ist also generell nicht geeignet dazu, auf diese Weise Schadensverläufe zu verhindern. Es liegt hier nur ein Sonderfall der generellen Ungeeignetheit der Sorgfaltsnorm vor, der mit einfacheren Mitteln, nämlich durch das Durchgängigkeitserfordernis, zu lösen ist.

Hält man sich an unsere Verallgemeinerungsregel, das nicht sorgfaltswidrige Verhalten anderer Beteiligter so weit offen zu lassen, als es durch Zufall bestimmt ist, so erweist sich das oben schon behandelte beliebte Argument zur Lösung dieser Fälle als methodisch falsch, dass der Täter den Unfall auch dann vermieden hätte, wenn er die Geschwindigkeitsbegrenzung noch krasser übertreten hätte, weil er dann dem anderen Unfallbeteiligten gar nicht begegnet wäre. Wir hatten bereits gezeigt, dass sich mit diesem Argument, wenn es denn richtig wäre, jeder Raser entlasten könnte, auch derjenige, der einen Unfall wegen eines zu langen Bremsweges verursacht hat. Der Fehler liegt darin, dass die übrigen Faktoren des Einzelfalles, insbesondere das Verhalten des zu prüfenden Verkehrsteilnehmers vor der kritischen Situation in seiner vollen Bestimmtheit vorausgesetzt wird, wie es im Einzelfall gegeben war. Dies hängt aber vom Zufall ab. Lassen wir das Verhalten aber soweit unbestimmt, wie es vom Zufall abhängig ist, so können wir annehmen, dass die Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine beliebig große Geschwindigkeitsüberschreitung die unfallträchtige Begegnung vermeiden würde, nicht größer ist als die Wahrscheinlichkeit, dass sie durch Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung vermieden wird. In dieser Klasse sind nun aber auch diejenigen Fälle enthalten, in denen die Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung durch Verkürzung des Bremsweges zur Vermeidung der Kollision führt, sonst wäre es nicht eine Verallgemeinerung des Ausgangsfalles. Es kommt also immer noch eine Wahrscheinlichkeitsdifferenz zugunsten der Norm zustande. Der Täter kann sich also zu seiner Entlastung niemals darauf berufen, dass er dem anderen Unfallbeteiligten nicht begegnet wäre, wenn er die Sorgfaltsnorm noch krasser übertreten hätte.

Daraus ergibt sich für die Verallgemeinerung des Täterverhaltens zur Feststellung der generellen Geeignetheit der Sorgfaltsnorm folgendes: Das Täterverhalten darf soweit verallgemeinert werden, als es allein von seinem Belieben und vom Zufall bestimmt ist. So ist in unserem Beispielfall etwa offenzulassen, zu welchem Zeitpunkt der Täter genau die Fahrt angetreten

und wie oft und wie lange er sie unterbrochen hat. Die Sorgfaltspflichtverletzung selbst könnte, sofern sie steigerbar ist, dahin verallgemeinert werden, dass sie auch krassere Fälle umfasst. Das beeinflusst aber, wie wir gesehen haben, das Ergebnis der Prüfung nicht, solange man die übrigen zufälligen Faktoren des Kausalverlaufs ebenfalls verallgemeinert. Wenn eine weniger krasse Normverletzung den Erfolg im Einzelfall gerade herbeiführt, so kann eine Vermeidung durch eine noch krassere nur zufällig sein. Deshalb ist es einfacher, bei der Geeignetheitsprüfung die Normverletzung des Täters genau *in dem Umfang zu lassen*, in dem sie tatsächlich vorliegt, um sie mit dem Fall der Normerfüllung zu vergleichen.

Zum Einwand der Manipulierbarkeit des Kriteriums der generellen Eignung

Die Leistungsfähigkeit des angegebenen Verfahrens zur Bestimmung und Ermittlung des Schutzzwecks einer Sorgfaltsnorm durch Verallgemeinerung des Einzelfalles hängt davon ab, dass es bei genereller Geeignetheit der Norm *nicht möglich ist, den Einzelfall so zu verallgemeinern*, dass innerhalb der so gebildeten Klasse die Norm ungeeignet erscheint, Schäden zu verhindern, weil die Wahrscheinlichkeit des Schadens bei Einhaltung der Norm annähernd so groß ist wie bei ihrer Übertretung. Wir müssen also beweisen, dass die Bildung einer solchen Klasse nicht immer möglich ist. Sonst wäre unser Schutzzweckkriterium widerlegt, zumindest aber manipulierbar. Freilich mag es oft möglich sein, auf irgendeine Weise eine Klasse von Verläufen zu bilden, innerhalb derer die Zahl derjenigen Verläufe, bei denen die Beachtung der Sorgfaltsnorm den Erfolg verhindert, nicht größer ist als die Zahl derjenigen, bei denen gerade die Übertretung der Norm zur Erfolgsverhinderung führt. Jedenfalls durch eine reine Aufzählung von Einzelfällen ist dies immer möglich. Es geht aber nicht um die Bildung irgendeiner Klasse durch Aufzählung von Fällen, sondern durch Verallgemeinerung der im Sachverhalt enthaltenen Angaben, und zwar nur derjenigen Angaben, die gesetzlich nicht geregelt sind und deren Wahrscheinlichkeitsverteilung annähernd gleich ist. Unsere These ist also, dass es unter denjenigen Fällen, in denen die Normbefolgung im Einzelfall geeignet war, den Schaden zu verhindern, solche gibt, in denen es nicht möglich ist, durch eine derartige Verallgemeinerung der Einzelangaben eine Klasse zu bilden, in der die Verhinderung des Schadens durch Einhaltung der Sorgfaltsnorm nicht häufiger ist als die Nichtverhinderung.

Die Bildung einer solchen Klasse wäre dann immer möglich, wenn es auch allgemein bestimmbare Klassen gibt, in denen die Befolgung der Norm häufiger zu einem Schaden führt als ihre Missachtung. Dann könnte man nämlich durch Zusammenfassung einer solchen Klasse mit einer anderen, in der das Verhältnis umgekehrt ist, eine neue Klasse bilden, in der die Wahr-

scheinlichkeit des Schadens und die Wahrscheinlichkeit seiner Verhinderung annähernd gleich sind. Lässt sich aber eine solche Klasse von Fällen, in denen die Einhaltung der Sorgfaltsnorm disfunktional ist, nicht durch Verallgemeinerung eines Einzelfalles bilden, in dem sie den Erfolg verhindert hätte, so lassen sich durch Verallgemeinerung prinzipiell nur zwei Arten von Klassen bilden: 1. solche, innerhalb derer der Eintritt des Schadens bei Befolgung der Norm weniger häufig ist als bei ihrer Übertretung, 2. solche, innerhalb derer die Schadenshäufigkeit bei Einhaltung und Übertretung der Norm annähernd gleich ist. Dann lassen sich aber die Klassen der letzteren Art nicht beliebig durch andere Kombinationen der Fälle vermehren. Es gibt vielmehr für jede Sorgfaltsnorm einen numerus clausus von abstrakt beschreibbaren Klassen von Kausalverläufen, für die gilt, dass die Schadenshäufigkeit bei Einhaltung der Norm und bei ihrer Übertretung annähernd gleich groß ist. Ist der vorliegende Fall nicht unter eine der Klassen subsumierbar, die zu diesem numerus clausus gehören, so ist die Norm auch generell geeignet, den vorliegenden Schadensverlauf zu verhindern.

Nehmen wir z.B. den Fall, dass jemand wegen überhöhter Geschwindigkeit einen Zusammenstoß verursacht hat, weil in dem Moment, in dem er die Vollbremsung einleiten musste, sein Bremsweg wegen der hohen Geschwindigkeit zu lang war, während er bei Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung noch ausgereicht hätte. Man kann nun natürlich das Verhalten der am Zusammenstoß Beteiligten derart verallgemeinern, dass die Klasse auch solche Fälle enthält, in denen der Bremsweg bei geringerer Geschwindigkeit ebenfalls nicht ausgereicht hätte, und sogar solche, bei denen der Zusammenstoß bei erhöhter Geschwindigkeit durch rechtzeitiges Vorbeifahren vermieden und bei Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung gerade herbeigeführt worden wäre. Trotzdem wird die so gebildete Gesamtklasse immer eine höhere Wahrscheinlichkeit der Erfolgsverhinderung bei Einhaltung der Geschwindigkeit aufweisen als bei ihrer Übertretung. Hängt nämlich die Herbeiführung oder Verhinderung des Zusammenstoßes von der zufälligen örtlichen Position der Beteiligten zueinander vor Beginn der Vollbremsung ab, so ist bei Verallgemeinerung der Angaben über diese Position die Wahrscheinlichkeit der Verhinderung und der Herbeiführung des Zusammenstoßes durch Normbefolgung annähernd gleich. Hinzu kommen nun aber die Fälle, in denen die Verhinderung oder Herbeiführung des Zusammenstoßes von der Länge des Bremsweges des zu prüfenden Beteiligten abhängig ist. Innerhalb dieser Klasse mag es Fälle geben, in denen auch bei Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung der Unfall nicht vermieden wird. Es gibt aber innerhalb dieser Klasse keinen Fall, in dem er bei langsamerer Geschwindigkeit herbeigeführt, bei schnellerer aber vermieden wird. Der Bremsweg mag zu lang, aber er kann nicht zu kurz sein. Innerhalb dieser Klasse ist also die Vermeidung von Schadensfällen bei Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung signifikant häufiger als bei ihrer Übertretung. Auch wenn wir durch

weitere Verallgemeinerung diese Fälle mit denen unter einen Begriff bringen, in denen Verhinderung und Eintritt des Zusammenstoßes nur von der relativen Position der Beteiligten zueinander abhängen, so bleibt die Wahrscheinlichkeitsdifferenz zwischen Erfolgsherbeiführung und Erfolgsvermeidung bei Einhaltung bzw. Missachtung der Sorgfaltsnorm als solche erhalten, auch wenn sie in Quotienten ausgedrückt geringer wird. Wenn also der Fall von solcher Art ist, dass durch den kürzeren Bremsweg bei Einhaltung des Geschwindigkeitslimits der Erfolg verhindert worden wäre, so lässt sich dieser Effekt durch Verallgemeinerung der Fallbeschreibung nicht eliminieren.

Das Kriterium der generellen Eignung in der verkehrsstrafrechtlichen Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird das Kriterium der generellen Geeignetheit bzw. Ungeeignetheit zur Bestimmung des Schutzzwecks einer Sorgfaltsnorm verschiedentlich angewandt.³¹ Das ist im Vergleich zur Formulierung des Problems als Frage danach, ob die Norm den betreffenden Kausalverlauf verhindern will, ein großer Fortschritt. Aber auch die Rechtsprechung hat es bisher versäumt, allgemeine Regeln dafür zu entwickeln, wie der Einzelfall zu generalisieren ist, um die generelle Ungeeignetheit der Norm festzustellen, wenn ihre spezielle Geeignetheit zur Verhinderung des Erfolges feststeht. Sie verlässt sich dabei weitgehend auf Intuition.

Eine der praktisch wichtigsten Thesen, zu denen sie auf diesem Wege gelangt, ist die, dass Sorgfaltspflichten im Straßenverkehr generell nur dazu geeignet seien, das *Versagen der Verkehrsteilnehmer in einer kritischen Situation zu verhindern*.³² Überprüfen wir diese These anhand der entwickelten Bestimmung der generellen Geeignetheit, bzw. Ungeeignetheit, so erweist sie sich jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht als richtig. Beispielsweise das Gebot, für den verkehrssicheren Zustand des Kraftfahrzeugs zu sorgen, das für eine Fahrt benutzt werden soll, kann nur vor Antritt der Fahrt erfüllt werden. Kann der Fahrer deshalb einen Zusammenstoß nicht verhindern, weil seine Reifen oder seine Bremsen wegen Abnutzung nicht mehr ausreichend greifen, so versagt der schnell reagierende Fahrer in der konkreten Situation nicht, sondern allenfalls das Fahrzeug. Dennoch ist das Gebot, das Fahrzeug nur mit ausreichenden Reifenprofilen und Bremsbelegen zu benutzen, offenbar geeignet, gerade solche Kausalverläufe zu verhindern.

Für die Formulierung des Topos vom Versagen in der konkreten Situation waren offenbar wieder die Fälle maßgebend, in denen die Missachtung eines Haltegebots oder einer Geschwindigkeitsbegrenzung in einem Zeitpunkt vor dem Unfall nur deshalb kausal für diesen geworden ist, weil sie Bedingung

31 BGH VRS 20, 129 (131); 23, 369 (370); 26, 203 (204).

32 BGHSt 24, 31 (34); 33, 61 (63 ff.); BGH VRS 20, 129 (131); 23, 369 (370); 24, 124 (126); 25, 262 (263 f.); 54, 436 (437).

für das Vorhandensein des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Unfalls am Unfallort gewesen sind. Nach den oben aufgestellten Regeln der Generalisierung des Kausalverlaufs zur Feststellung der generellen Ungeeignetheit zeigt sich nun, dass Geschwindigkeitsregelungen und Haltegebote in der Tat nicht generell geeignet sind, dies zu verhindern. Es ist also richtig, dass bestimmte Normen im Straßenverkehr, insbesondere Haltegebote, Vorfahrtsregeln und Geschwindigkeitsbegrenzungen generell nur geeignet sind, Unfälle in dem Bereich zu verhindern, für den sie gelten.³³

Zusammenfassung

Es ist eine normative Frage, ob man die Zurechnung des Erfolges zu einem sorgfaltswidrigen Verhalten davon abhängig macht, ob die verletzte Norm zur Verhinderung von Erfolgen dieser Art generell geeignet ist, oder ob man sich mit ihrer Eignung im Einzelfall begnügt. Man könnte sich auch auf den Standpunkt stellen, der glückliche Zufall, dass die Befolgung der Norm im Einzelfall das strafrechtlich geschützte Interesse gewahrt hätte, soll diesem auch strafrechtlich zugute kommen, muss der Rechtsgutsträger doch auch umgekehrt das Risiko tragen, dass aufgrund zufälliger Gegebenheiten des Einzelfalles gerade die Normbefolgung zum Schaden führt. Hat man sich

33 Der Topos vom Versagen in der kritischen Situation ist aber auch da, wo er zutrifft, nur für die generelle Geeignetheit der Sorgfaltsnorm relevant. Der BGH hat ihn zweckentfremdet, indem er ihn dazu verwendet, bei der Prüfung der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung im Einzelfall nach der Methode des sorgfältigen Alternativverhaltens die Alternativen auf solche Verhaltensweisen einzuschränken, die dem Täter in der kritischen Situation faktisch noch möglich waren. So ist der BGH dazu gekommen, für angetrunkene Autofahrer und Fahrer mit unzureichenden Bremsen oder Reifenprofilen in der kritischen Situation ein Gebot aufzustellen, zum Ausgleich des Mangels entsprechend langsamer zu fahren, weil es ja nur auf das Versagen in der kritischen Situation ankomme, in der der Fahrer weder den Zustand seines Fahrzeugs noch seinen eigenen ändern kann. Dann hat der BGH die Kausalität des zu schnellen Fahrens für den Zusammenstoß geprüft statt den des Mangels von Fahrzeug oder Fahrer und die Verteidigung zurückgewiesen, dass auch ohne diesen Mangel der Unfall aus dem Fehlverhalten anderer Beteiligter allein erklärbar ist. Denn die wegen des eigenen Mangels gebotene langsamere Geschwindigkeit hätte ja auch den Fehler des anderen kompensiert, BGHSt 24, 31 (34 ff.); BGH VRS 32, 37; 37, 276 (277 f.). In diesen Fällen stellt sich zunächst nicht das Problem der generellen Eignung, sondern das der Risikotrennung, das, wie im Text geschehen, zu lösen ist. Es liegt ein Fall von Doppelkausalität vor, wenn der Mangel des Fahrers oder des Fahrzeugs den Unfall auch dann erklärt, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung des anderen Mitverursachers offengelassen wird und die Sorgfaltspflichtverletzung des anderen ebenfalls, wenn der Mangel beim Täter außer acht bleibt. Anderenfalls ist der Täter mit der Verteidigung zu hören, dass wegen des Fehlers des anderen sein Mangel für den Unfall nicht kausal war.

aber einmal dafür entschieden, sich nicht mit der speziellen Geeignetheit der Normbefolgung zur Schadensverhinderung zu begnügen, sondern darüber hinaus auch eine generelle Geeignetheit zu fordern, so ist es ein nicht nur normatives, sondern auch empirisches und logisches Problem, Regeln dafür aufzustellen, wie der Einzelfall zu generalisieren ist, um die generelle Geeignetheit oder Ungeeignetheit der Sorgfaltsnorm zu bestimmen.

Die moderne Lehre vom Schutzzweck der Norm hat sich dafür entschieden, die Zurechnung von einem solchen Erfordernis der generellen Geeignetheit abhängig zu machen. Einen anderen Sinn kann der Topos vom Schutzzweck der Norm nicht haben. Es hat insbesondere keinen Sinn, nach einem Willen der Norm zu fragen, nur bestimmte Schadensverläufe abzuwenden. Auch geht es nicht um irgendwelche Zwecke, die der Normgeber bei ihrer Setzung im Auge hatte, der Schutzzweck muss sich vielmehr aus der Norm selbst ableiten. Er umfasst diejenigen Kausalverläufe, zu deren Verhinderung es zweckmäßig ist, die Norm zu befolgen. Da es aber auch von unberechenbaren Zufällen abhängt, ob die Normbefolgung im Einzelfall den Schaden verhindert oder nicht, lässt sich die Zweckmäßigkeit der Normbefolgung nicht schon damit begründen, dass sie im Einzelfall zur Verhinderung des Schadens geeignet war. Die Normbefolgung ist also nur unter der Voraussetzung zweckmäßig, dass sie, abgesehen von solchen Zufällen, also generell zur Verhinderung des durch ihre Verletzung verursachten Schadens geeignet ist.

Die generelle Geeignetheit oder Ungeeignetheit einer Norm zur Verhinderung einer Art von Schadensverläufen kann nur dadurch festgestellt werden, dass man zwei Fallklassen miteinander vergleicht, die sich nur dadurch unterscheiden, dass in der einen die Norm befolgt und in der anderen missachtet wird. Die Normbefolgung ist dann geeignet, diese Art von Kausalverläufen zu verhindern, wenn sich dabei ein signifikanter Unterschied in der Wahrscheinlichkeit der Schadensereignisse ergibt. Dass die beiden zu vergleichenden Klassen sich nicht so aufteilen lassen, dass sich bei der einen die Wahrscheinlichkeit 0 %, bei der anderen die von 100 % ergibt, liegt daran, dass überhaupt verallgemeinert werden muss, so dass sich in beiden Klassen vom Zufall bestimmte Kausalfaktoren befinden. Dies hat mit der Risikoerhöhungstheorie nichts zu tun.

Da die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung im Einzelfall bereits feststeht, kommt man bei der Prüfung der Geeignetheit immer zu einem positiven Ergebnis, wenn man den Einzelfall überhaupt nicht oder nur wenig verallgemeinert. Ebenso kommt man zu einem positiven Ergebnis, wenn man sehr weitgehend verallgemeinert, sofern die Sorgfaltsnorm überhaupt geeignet ist, irgendwelche Schäden zu verhindern. Da im übrigen die Geeignetheit der verschiedenen Sorgfaltsnormen zur Verhinderung von Schäden von verschiedenen Erfahrungssätzen abhängt, ist es nicht möglich, allgemein abs-

trakte Regeln dafür zu entwickeln, wie der Einzelfall zu verallgemeinern ist, um die generelle Geeignetheit der Sorgfaltsnorm positiv festzustellen.

Es lassen sich aber allgemeine Regeln dafür aufstellen, wie der Kausalverlauf zu verallgemeinern ist, um die generelle Ungeeignetheit der Norm festzustellen, sofern man sich klarmacht, wie diese Ungeeignetheit zu erklären ist, obwohl die spezielle Geeignetheit im Einzelfall und damit auch schon in einer bestimmten Klasse von Fällen feststeht. Dieses Phänomen erklärt sich daraus, dass die zufälligen Kausalfaktoren, von denen die Erfolgsverhinderung im übrigen abhängt, so verteilt und beschaffen sein können, dass in anderen Fällen gerade die Normbefolgung den Schaden herbeiführt. Man muss also diese übrigen Kausalfaktoren soweit verallgemeinern, als sie zufällig sind, d.h. soweit sie weder durch Normen noch durch empirische Regeln bestimmt sind. Die Sorgfaltspflichtverletzungen des Täters sowie mitkausale Normwidrigkeiten anderer Beteiligten sind unverändert in die Verallgemeinerung aufzunehmen. Nicht in sie aufzunehmen sind Elemente einer konkurrierenden Kausalerklärung und einer Reservekausalität. Ergibt sich für die so bestimmte Klasse von Fällen, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadens bei Befolgung der Norm ebenso groß ist wie bei ihrer Missachtung, dann ist die Befolgung der Norm zur Verhinderung des Schadens nicht generell geeignet gewesen. In solchen Fällen ist es also sinnvoll, zu sagen, die Verursachung des Schadens durch die Normerfüllung im Einzelfall wäre Zufall gewesen, und diese Verhinderung falle deshalb nicht unter den Schutzzweck der Norm.

Kausalität: Ein Versuch, kriminalistisch zu denken

(Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd.107 1990, 141–153)

Wenn es allein nach unserem Kommandanten ginge, hätten wir den Orbit um diesen blauen Planeten, nennen wir ihn Terra, längst verlassen. Er hält die äußerst vielfältige und komplizierte Biosphäre dieses Planeten schon deshalb für uninteressant, weil sie seiner Meinung nach sowieso in absehbarer Zeit zusammenbrechen wird. Mit dem letzteren könnte er Recht haben, mit dem ersteren sicherlich nicht. Wir vom Wissenschaftsteam handeln ihm unter energischem Hinweis auf die Direktiven des Raumforschungsamtes immer wieder ein paar hundert Umläufe um diesen Himmelskörper ab. Schließlich ist es unser Auftrag, jedes Leben zu erforschen, auf das wir auf unserer Reise stoßen, und intelligentes Leben ist im Weltall selten genug.

Aber ich habe mich Ihnen ja noch gar nicht vorgestellt. Sie würden mich vielleicht als so eine Art Philosophen bezeichnen oder auch als Ethnologen. Sobald wir auf intelligentes Leben stoßen, ist es meine Aufgabe, das Weltbild dieser Lebewesen zu erforschen, ihre Religionen, Mythen, ihre Philosophie und auch ihre Alltagsbegriffe. Das letztere ist meistens am schwersten. Der Grund dafür besteht in einer seltsamen Eigenschaft natürlicher Intelligenzen. Sie geben sich über ihre Operationen keine vollständige Rechenschaft, sie wissen nicht immer genau, was sie tun, und sie wissen oft, wie etwas ist, ehe sie wissen, warum es so ist. Einer intelligenten Maschine passiert so etwas nie, sie kann jederzeit Rechenschaft darüber ablegen, welche Prozesse sie vollzieht. Aber vielleicht ist dieses unbewusste und damit unkontrollierte Operieren gar nicht so sehr ein Manko der natürlichen Intelligenz als vielmehr ihr entscheidender Vorteil und ihr eigentliches Geheimnis. Eine Erkenntnis kann nicht von Anfang an fix und fertig und vollkommen dastehen, sie muss sich aus irgendwelchen Ansätzen entwickeln können.

Ich habe auch noch nie erlebt, dass eine intelligente Maschine etwas wirklich Neues erfunden oder entdeckt hätte. Glauben Sie mir, ich würde mich ohne zu zögern um zwei Rangstufen degradieren lassen, wenn ich dafür das Geheimnis der Intuition aufdecken könnte, es wäre nichts Geringeres als die Antwort auf die Frage, ob es so etwas wie einen objektiven Geist oder ein Lumen naturale gibt. Aber wie dem auch sei, unsereinem macht diese Intuition jedenfalls das Leben sauer. Wenn eine Intelligenz sich nämlich keine vollständige Rechenschaft über ihre Operationen gibt, so sind ihre Auskünfte darüber auch unzuverlässig. Sie können unvollständig, sie können sogar falsch sein. Ich will Ihnen das einmal an einem Beispiel erklären, das ich auf Terra selbst erlebt habe.

Die Terraner, müssen Sie wissen, haben ein unwiderstehliches Bedürfnis, alles, was ihnen zustößt, Gutes und Schlechtes, irgend jemandem anzurechnen, den sie dafür loben oder tadeln, belohnen oder bestrafen können. Früher haben sie sich zu diesem Zweck ranghöhere Wesen vorgestellt, sog. Götter oder Dämonen. Später sind sie dann etwas systematischer vorgegangen und haben versucht, ein Phänomen auf frühere Phänomene, sog. Ursachen, zurückzuführen, anhand von Regelmäßigkeiten, die sie vermuten, sog. Kausalgesetzen. Sie nennen das »ein Phänomen erklären«, und wenn sie mit einem Phänomen konfrontiert sind, das sie nicht so erklären können, fühlen sie sich nicht wohl. Der größte Teil ihrer Wissenschaft und auch der größte Teil ihrer Rechtsordnung beruht auf der Fragestellung: Wer (oder was) war das? Sie werden also verstehen, dass ich mich sehr dafür interessiere, wie die Terraner ein Phänomen mit einem anderen in Verbindung bringen, das sie seine Ursache nennen.

Die Schwarzmäntel

Um das herauszukriegen, suche ich mir also ein Gebäude, in dem man die Frage klärt: Wer war das? Das Gebäude sieht ziemlich altertümlich aus, hat breite Treppen, lange Gänge und viel zu hohe verzierte Türen. Unter den Terranern, die dort herumlaufen, fallen mir einige durch ihre merkwürdige Kleidung auf, einen unbequemen schwarzen langen Mantel mit weiten Ärmeln. Ihr teils hektisches, teils gelangweiltes Benehmen steht allerdings in merkwürdigem Gegensatz zu dieser würdigen Tracht. Ich wende mich an einen von diesen Schwarzmänteln, der sich gerade vor einer der großen Türen langweilt, und frage: »Entschuldigen Sie bitte, was verstehen Sie unter einer Ursache?« »Ursächlich ist eine Handlung dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel«,¹ antwortet er prompt. Ich bin skeptisch. Wenn ein Lebewesen mir auf meine Fragen derart fließend antwortet, ist es meistens dressiert. »Woher wissen Sie denn, ob der Erfolg weggefallen wäre, wenn die Handlung nicht geschehen wäre?«, frage ich weiter.

»Dazu haben wir doch die Naturgesetze und unsere allgemeinen Erfahrungssätze.« »Na gut, die Handlung muss also eine notwendige Bedingung für den Erfolg sein, aber nicht etwa die einzige; der Täter hat es also nicht in der Hand, ob der Erfolg wirklich eintritt oder nicht.«

1 So immer noch der Ausgangspunkt der h.M. zur Bestimmung der Kausalität in Anlehnung an *Glaser*, Abh. aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, vgl. *Schönke/Schröder-Lenckner*, 23. Aufl., Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 73; *Wessels*, AT, 17. Aufl., § 6 I 3; *Ebert*, Jura 1979, 561; *Schlüchter*, JuS 1976, 312; BGHSt 1, 332; 7, 112, 114.

»Schon richtig«, meint er, »aber darauf kommt es auch nicht entscheidend an. Entscheidend ist, dass der Täter den Erfolg vermieden hätte, wenn er nicht gehandelt hätte.«

»Also, Sie rechnen einem Täter den Erfolg deshalb zu, weil er ihn hätte vermeiden können, das ist ja an sich ganz vernünftig«, meine ich, aber da kommt mir schon ein Bedenken. »Dann können Sie also niemals jemanden dafür verantwortlich machen, dass er einen anderen getötet hat.« Der Schwarzmantel schaut mich etwas verblüfft an.

»Nun ja«, erkläre ich, »meines Wissens sind sie vielzellige Lebewesen, also sterblich. Damit einer von ihnen stirbt, ist es also überhaupt nicht nötig, dass ein anderer ihm irgendetwas antut, er stirbt so oder so irgendwann von ganz alleine.«

Mein Gesprächspartner wird etwas ungeduldig. »So abstrakt können Sie das doch nicht sehen! Es kommt nicht auf den Erfolg überhaupt an, sondern auf den Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt. Es macht doch einen Unterschied, ob einer heute erstochen wird oder morgen an Herzinfarkt stirbt.«

»Ich verstehe nicht so ganz. Was bedeutet denn der Satz, jemand wird erstochen?« will ich jetzt wissen.

»Ganz einfach, das bedeutet, dass ein Messerstich für seinen Tod kausal ist.«

»Aber was Kausalität ist, will ich doch gerade von Ihnen wissen.« »Kausal ist der Messerstich eben dann, wenn er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele.«

So, jetzt geht es wieder von vorne los,² denke ich. Ich bedanke mich, wie es auf Terra Sitte ist, und suche mir einen anderen Schwarzmantel. Aber auch

2 Dass die Anwendung des Topos vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt die Kausalitätsfeststellung zirkelschlüssig machen kann, weil der Anwender durch nichts gehindert wird, die präsumtiven Ursachen selbst in die Erfolgsbeschreibung einzu beziehen, hat bereits *Engisch* in seiner berühmten Abhandlung »Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände«, 15 f., anhand des bekannten Scharfrichterfalles gezeigt. Er zog daraus aber nur die Konsequenz, dass die zeitlichen Vorstadien des Erfolges nicht zu dessen konkreter Gestalt gehören dürfen. Selbst diese einfache Erkenntnis setzt sich im deutschen Schrifttum erst jetzt langsam durch. Ein Grund für diese Verzögerung von mehr als 50 Jahren dürfte darin bestehen, dass *Engisch* selbst aus dieser Erkenntnis nicht die Konsequenz gezogen hat, dass der Topos von der konkreten Gestalt selbst inhaltslos und daher beliebig manipulierbar ist. Er hat vielmehr in ebendieser Abhandlung, S. 11 ff., der Lehre von der Maßgeblichkeit einer »ganz konkreten« Erfolgsgestalt gegen die sog. abstrahierende Erfolgsbetrachtung *Trägers* erst zum Durchbruch verholfen. Vgl. dazu die historische Darstellung bei *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, 26 ff. In Wahrheit ist schon die Prämisse, dass es vorgegebene konkrete Erfolgsgestalten oder Tatsachen gebe, von denen abstrahiert werden könnte oder auch nicht, sprachphilosophisch unhaltbar, näher dazu *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (870 ff.), s.o. Seiten 107 ff.; *dies.*, *ZStW* 99 (1987), 595 (596 f.).

von dem bekomme ich auf meine Frage die Antwort: »Ursächlich ist eine Handlung für einen Erfolg dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen.« Um diesmal etwas schneller vorwärts zu kommen, lege ich ihm einen Fall vor, Schwarzmänteln soll man immer einen Fall vorlegen, sonst verstehen sie nichts.

»Stellen Sie sich vor, jemand hat eine Krankheit, an der er, nach Naturgesetzen zu urteilen, in einiger Zeit sterben wird. Ein ungeduldiger Erbe gibt ihm nun eine Dosis eines Mittels, an dem ein Mensch ebenfalls stirbt. Frage ich mich nun, was ohne diese Handlung geschehen wäre, so komme ich zu dem Ergebnis, dass der Kranke ebenfalls gestorben wäre. War also der Erbe nicht kausal für den Tod?«

»Natürlich war er das«, erwidert der Schwarzmantel prompt. »Der Tod an der Krankheit ist doch eine Ersatzursache. Sie dürfen sich doch keine Ersatzursachen dazu denken!«³

»Wie soll ich wissen, was eine Ersatzursache ist? Ich weiß doch noch nicht einmal, was eine Ursache ist, was darf ich mir denn nun hinzudenken, wenn ich die Frage beantworten soll, was ohne die Handlung des Täters gewesen wäre und was nicht?« »Sie sollen sich überhaupt nichts hinzudenken, Sie sollen sich an das halten, was wirklich passiert ist!«⁴

»Ja, dann kann ich Ihnen die Frage doch gar nicht beantworten, was gewesen wäre, wenn irgendetwas anders gewesen wäre, als es in Wirklichkeit ist.« Da öffnet sich eine große Türe, und der Schwarzmantel verabschiedet sich schnell und unfreundlich.

Ich kehre zurück zum Raumschiff und verfasse meinen Bericht: Die Teraner glauben, sie hätten einen Begriff von Ursachen. Sie gehen davon aus,

3 Das ist der heute allgemein akzeptierte Korrekturvorschlag *Spendels*: Eine Handlung gilt dann als kausal, wenn ohne sie – unter alleiniger Berücksichtigung der dann übrigbleibenden, tatsächlich auch verwirklichten Umstände – der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre; vgl. Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte, 1948, 38. Dass auch dieses Verfahren der Kausalitätsermittlung noch nicht korrekt ist, zeigt sein Versagen bei der sog. kumulativen Kausalität. Vor allem aber bleibt unklar, welche Art von Bedingungsbeziehung hier gefordert wird.

4 Dass die Formel von der notwendigen Bedingung bei Vorhandensein von Ersatzursachen und erst recht bei der Doppelkausalität versagt, ist heute allgemein anerkannt; vgl. statt aller *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 40. Aber die Tragweite dieser Erkenntnis wird ebenso unterschätzt wie die des von *Engisch* entdeckten Zirkels. Die Ausschaltung von Ersatzursachen und konkurrierenden Ursachen ist, wie immer man sie bewerkstelligt, keine Randkorrektur der Formel von der notwendigen Bedingung, sondern der Beweis dafür, dass diese Formel den gemeinten Bedingungsbeziehung logisch falsch beschreibt, dass also in Wahrheit eine Ursache nicht notwendige Bedingung des Erfolges sein muss, vgl. *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., S. 253

dass eine Ursache für einen Erfolg, jede für diesen Erfolg nach allgemeinen Gesetzen notwendige Bedingung sei. Aber mit diesem Erfordernis machen sie nicht recht ernst. Sie halten unter Umständen ein Ereignis für die Ursache eines Erfolges, auch wenn es keine notwendige Bedingung für dessen Eintritt ist. Wenn man nun aber wissen will, was sie denn nun eigentlich für ein Bedingungsverhältnis zwischen Ursache und Wirkung verlangen, so bekommt man von ihnen einen Zirkelschluss zu hören oder einen Widerspruch. In Wirklichkeit haben die Terraner also gar keinen Begriff von Kausalität.

Kaum habe ich diesen Bericht eingereicht, werde ich durch die Bordsprechanlage zum Kommandanten gerufen. Das ist ein schlechtes Zeichen, aber auf das, was nun kam, war ich doch nicht gefasst.

Der Alte

»Ich erteile Dir einen dienstlichen Tadel wegen mangelnder Einsatzbereitschaft«, begrüßt mich der Alte und wirft mir meinen Bericht vor die Füße. »Die Raumfahrtbehörde bezahlt Dich nicht dafür, dass Du den Terranern etwas am Zeug flickst, und Du kannst Dich auch noch auf eine iH-Rüge gefasst machen, wenn Du das nicht in Ordnung bringst.« Ich kriege einen Schreck, eine iH-Rüge, das ist eine Rüge wegen intellektueller Hybris, ungefähr das Schlimmste, was einem Philosophieagenten im Außendienst passieren kann. Drei solcher Einträge, und du bist deine Forschungslizenz los, wegen charakterlicher Ungeeignetheit. Und einen habe ich schon.

»Jawohl, eine iH-Rüge«, sagt der Alte in mein verdutztes Gesicht. »In Deinem letzten Bericht hast Du selbst geschrieben, dass ein Großteil der Wissenschaft, die ganze Zivilisation und der größte Teil der Rechtsordnung der Terraner auf ihrem Begriff von Kausalität beruhen. Und jetzt behauptest Du, sie hätten gar keinen Begriff von Kausalität. Wenn Du Recht hättest mit deinen überheblichen Thesen, dann müssten ihre Häuser und ihre Brücken zusammenbrechen – ja sie wären erst gar nicht entstanden. Und die Terraner würden sich gegenseitig alles Mögliche zurechnen oder nicht zurechnen, wie es der Zufall gerade will. Aber ihre Zivilisation ist doch ganz beachtlich und ihre Rechtsordnung funktioniert auch einigermaßen. Kann man denn da nicht mal über den oder jenen logischen Fehler hinwegsehen? Streng Dich also gefälligst ein bisschen an!«

»Aye-Aye, Sir«, bringe ich gerade noch heraus und mache das Schott vielleicht etwas zu laut zu, als ich gehe.

Der Alte will mir also eine iH-Rüge erteilen, weil ich nicht bereit bin, logische Fehler zu übersehen. Elementare Logik lernt man offenbar nicht auf der Raumfahrtschule. Wenn in einem Text ein Widerspruch steckt, ist der ganze Text sinnlos!⁵ Der zweite Schwarzmantel hat mir gesagt, ich solle

5 P sei eine bestimmte Tatsache, X eine beliebige Tatsache. Dann ist aus dem Widerspruch P und nicht P X wie folgt ableitbar:

fragen, was gewesen wäre (man beachte den Konjunktiv), wenn der Täter nicht gehandelt hätte. Ich soll also nach Naturgesetzen Aussagen über einen Verlauf machen, der in Wirklichkeit nicht abgelaufen ist. Aber dabei soll ich mir nichts hinzudenken, was in Wirklichkeit nicht geschehen ist. Das ist ein glatter Widerspruch, kein intelligentes Lebewesen im ganzen Weltall kann diese Anweisung erfüllen, übrigens auch kein unintelligentes. Sie ist Unsinn im strengsten Sinne des Wortes.

Und der erste Terraner hat mir gesagt, wenn ich die Ursache einer Handlung für einen Erfolg feststellen wolle, so müsse ich diesen Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt betrachten, und zu der konkreten Gestalt gehöre eben, dass die betreffende Handlung für den Erfolg ursächlich sei! Danach weiß ich noch immer nicht, wann nun eine Handlung für einen Erfolg ursächlich ist. Solange man mir dafür keine anderen Regeln an die Hand gibt, kann ich jedes beliebige Phänomen zur Ursache jedes Erfolges erklären, indem ich behaupte, es gehöre zu dem Erfolg in seiner konkreten Gestalt!⁶

$$\begin{array}{c}
 P \wedge \neg P \\
 P \rightarrow P \vee X \\
 \neg P
 \end{array}$$

X

6 Lehrreich sind hierzu etwa die Überlegungen *Carnaps*, *Meaning and Necessity*, 2. Aufl., 1955, deutsch von *Wilhelm Bader*, *Bedeutung und Notwendigkeit*, 1967, 36 f., zur Frage, was eine Tatsache ist. Zunächst muss ein Satz, der eine Tatsache darstellt, wahr und kontingent (nicht schon aus logischen Gründen wahr) sein. Schließlich muss er »in einem gewissen Sinne spezifisch oder vollständig sein«. Der Satz »Dieses Stück Papier ist blau« ist in diesem Sinne nicht vollständig, beschreibt also nicht vollständig die Tatsache, auf die er sich bezieht. Denn das Papier kann nicht einfach »blau« sein, es hat vielmehr notwendig einen ganz bestimmten Ton von Blau. Geben wir aber diesen an, so ist die Tatsache nur in Bezug auf die Farbe des Papiers spezifiziert, aber nicht in Bezug auf seine übrigen Eigenschaften. »Sollten wir vollständige Spezifikation mit Rücksicht auf alle Eigenschaften des Dinges oder der involvierten Dinge und auch mit Rücksicht auf alle Relationen zwischen den gegebenen Dingen fordern, oder vielleicht sogar hinsichtlich aller Relationen zwischen den gegebenen und allen anderen Dingen? Es scheint etwas willkürlich, bei irgendeinem dieser Punkte halt zu machen« (S. 36). Macht man aber nicht an irgendeinem Punkt halt, »dann gibt es nur eine Tatsache, die Totalität der wirklichen Welt in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft« (S. 37). Vor dieser Konsequenz schreckt *Carnap* zurück und verzichtet im Weiteren auf den Begriff der Tatsache (als hinreichend klar explizierten semantischen Fachausdruck). Er hätte vielleicht besser auf den Begriff der vollständigen Spezifikation verzichtet, vgl. dazu *Patzig*, *Satz und Tatsache*, 31 f., in: *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, 8 ff. Dass irgendeine Angabe in einer Erfolgsbeschreibung oder einer Kausalerklärung noch irgendwie näher bestimmt werden kann, dass also eine

Was mir der erste Schwarzmantel gesagt hat, ist also eigentlich nicht falsch, nur schlauer macht es mich nicht!

Aber warum verfügen dann die Terraner über eine funktionierende Zivilisation und über eine Rechtsordnung? Das habe ich nicht erklärt, da hat der Alte schon Recht. Die Terraner müssen sich nach irgendwelchen vernünftigen Regeln richten, wenn sie Kausalität feststellen, die habe ich jedoch noch nicht herausbekommen. Was sie sagen, jedenfalls die Schwarzmäntel, ist offensichtlich falsch beziehungsweise unsinnig, was sie tun aber offensichtlich nicht. Ich muss mir also ansehen, was sie tun, und muss selbst die Regeln herausfinden, die sie dabei anwenden. Die werde ich dann aufschreiben, und darüber schreibe ich: Kausalitätsbegriff der Terraner.⁷ Mehr kann der Alte auch nicht von mir verlangen.

Ich brauche einen Terraner, dessen Aufgabe es ist, Ursachen in einem Einzelfall festzustellen. Dem werde ich beim Feststellen von Ursachen zusehen. Ich muss dabei darauf achten, dass er keinen allzu einfachen Fall hat. Denn wenn man einen einfachen Fall hat, braucht man seine Methoden nicht sorgfältig anzuwenden. Es kann sogar passieren, dass man dann eine falsche Begründung akzeptiert, weil das Ergebnis so offensichtlich richtig ist. Sie erinnern sich doch noch an die Intuition?

Ein Weißkittel

Auf meine Frage nach einem solchen Terraner empfiehlt man mir den Gerichtsmediziner Dr. Quincy.⁸ Seine Uniform, ein schlichter halblanger weißer Kittel, wirkt zwar nicht so würdevoll wie die Tracht der Schwarzmäntel, aber ich habe doch den Eindruck, dass die Weißkittel bei den Terranern mehr Respekt und Vertrauen genießen als die Schwarzmäntel. Man glaubt ihnen immer, sofern sie sich nicht untereinander streiten. Dr. Quincy empfängt

näher bestimmte Eigenschaft in Wirklichkeit gegeben ist, oder auch gegeben sein muss (das Papier muss schließlich jederzeit ein ganz bestimmtes Blau von einer bestimmten Wellenlängenmischung und Lichtstärke reflektieren), ist noch kein Grund, diese Eigenschaftsbestimmung in die Erfolgsbeschreibung oder Kausalerklärung (oder sonst einen Kontext) aufzunehmen, so dass auch ihre Ursachen erklärt werden müssen.

7 Das erinnert an den berühmten Satz von *Wittgenstein* »Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache«, *Philosophische Untersuchungen* (43), ist aber keinesfalls i.S. einer Festlegung auf eine rein pragmatische Zeichentheorie zu verstehen. Unser außerirdischer Philosophieagent treibt mit seinen Gesprächspartnern keine wittgensteinschen Sprachspiele, sondern Begriffsanalysen i.S. einer realistischen Semantik und ist insofern eher noch dem Autor des *Tractatus logico philosophicus* verpflichtet.

8 Dr. Quincy ist die Hauptfigur einer amerikanischen Kriminalserie.

mich sehr freundlich und ist gern bereit, mich bei seiner Arbeit zusehen zu lassen – ich habe ihm gesagt, ich sei vom Fernsehen.

»Ich habe da gerade einen recht interessanten Fall«, beginnt er seine Erklärung. »Da ist ein Patient kurz nach einer Bypass-Operation offensichtlich an Herzversagen gestorben. Ich nehme an, dass der Bypass nicht ordentlich vernäht war und nun geplatzt ist. Wenn das passiert, füllt sich der Herzbeutel, eine Haut, die das Herz umgibt, ohne fest mit ihm verwachsen zu sein, mit Blut und drückt das Herz gewissermaßen ab, so dass es nicht mehr schlagen kann.«

»Ich verstehe, als Mediziner sind Ihnen bestimmte Verläufe bekannt, die nach allgemeinen Naturgesetzen zum Tod eines Patienten führen müssen. Sie haben eben eine nach Naturgesetzen hinreichende Bedingung für den Tod des Patienten gegeben, und in dieser kommt ein Kunstfehler des behandelnden Arztes vor.⁹ Sie werden also jetzt den behandelnden Arzt für den Tod des Patienten verantwortlich machen.«

»Man merkt, dass Sie kein Kriminalist sind, und viele Kriminalromane haben Sie wohl auch noch nicht gelesen«, meint Dr. Quincy etwas herablassend. »Eine Erklärung kann noch so schlüssig sein, sie muss deswegen noch lange nicht stimmen. Ich schicke doch niemanden auf Grund bloßer Spekulationen ins Gefängnis, schon gar nicht einen Kollegen.«

»Was werden Sie also jetzt tun?«, frage ich.

»Ganz einfach, ich werde nachsehen, ob es stimmt, ob also der Bypass wirklich schlecht vernäht war und wirklich gerissen ist. Haben Sie Lust, bei einer Obduktion zuzusehen?«

»Lieber nicht«, sage ich etwas kleinlaut, »ich werde hier auf Sie warten.«

Während ich warte, habe ich Gelegenheit nachzudenken. Es geht also offensichtlich nicht um eine notwendige Bedingung, sondern um eine hinreichende. Eine hinreichende Bedingung lässt zwar einen Schluss von der Bedingung auf den Erfolg zu, nicht aber umgekehrt vom Erfolg auf die Bedingung. Würden die Terraner wirklich eine notwendige Bedingung als Ursache verlangen, so könnten sie von dem Erfolg auf die Ursache schließen. Sie brauchten also nur den Erfolg zu kennen, um zu wissen, wen sie dafür verantwortlich zu machen haben. Begnügen sie sich aber mit hinreichenden Bedingungen, so können sie nur umgekehrt von der Bedingung auf den Er-

9 Damit ist in etwa der Punkt bezeichnet, bis zu dem *Engisch* mit seiner Analyse des Ursachenbegriffs vorgestoßen ist. Seine sog. Formel von der gesetzmäßigen Bedingung lautet in ihrer kürzesten und klarsten Form: Ein Verhalten ist dann Ursache eines Erfolges, wenn dieser Erfolg mit dem Verhalten durch eine Reihe von Veränderungen gesetzmäßig verbunden ist, vgl. Fn. 2, S. 29, nähere Erläuterungen dazu S. 21 ff. Offen ist hier immer noch die logische Struktur der Verknüpfung, die mit Hilfe der Naturgesetze zwischen Handlung (Einzelursache) und Erfolg hergestellt werden soll.

folg schließen. Der Eintritt des Erfolges ist aber doch der Ausgangspunkt aller Überlegungen. Es bleibt ihnen also nichts übrig, als nach hinreichenden Bedingungen dafür auf die Suche zu gehen, und es ist bis zu einem gewissen Grade Glücksache, ob sie sie finden.¹⁰

10 Das ist ein Grund dafür, dass die Formel von der notwendigen Bedingung trotz ihrer erkannten Mängel nach wie vor die juristische Denkpraxis und weitgehend auch die Theorie beherrscht. Sie täuscht vor, es gäbe ein einfaches und vollkommen zuverlässiges Verfahren, festzustellen, ob ein bestimmtes Faktum Ursache eines Erfolges ist oder nicht. Wie gezeigt, gibt es ein solches zuverlässiges Verfahren nicht.

Ein weiterer Scheinvorzug, mit dem diese Kausalitätsprüfung durch »Wegdenken« bis heute verteidigt wird, soll darin bestehen, dass das Wegdenkverfahren auch dann zur Feststellung von Ursachen geeignet sei, wenn man keine allgemeinen Kausalgesetze zur Verfügung hat, oder auch nur voraussetzen könne, wie bei einmaligen Ereignissen und bei der sog. psychischen Kausalität, so *Lampe*, GS Armin Kaufmann, 189, 190 Anm. 3. Der Scheinvorteil entsteht dadurch, dass man keine Rechenschaft darüber ablegt, wie man beim Wegdenken (etwa einer Anstiftungshandlung) überhaupt zu dem Satz kommt, dass der Erfolg entfielen oder nicht. Dies ist ein sog. irrealer Konditionalsatz. Solche Sätze haben nur den Sinn, auf eine vorausgesetzte allgemeine Regelmäßigkeit (Kausalgesetz) zu verweisen, vgl. dazu etwa *Stegmüller*, Erklärung, Begründung, Kausalität, 2. Aufl., 1983, 319 ff. Zur Notwendigkeit allgemeiner Kausalregeln zur Entscheidung der hypothetischen Frage auch *Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, ZStrR 77, 113 (138).

Wenn *Walder*, a.a.O., 139, den Vorzug der hypothetischen Kausalitätsprüfung darin sieht, dass man mit ihrer Hilfe die Verhinderung rettender Verläufe als Ursache des Schadens darstellen kann, so liegt das ausschließlich daran, dass er sich weigert, in Kausalerklärungen Negationen zu verwenden, vgl. S. 123. Bei der hypothetischen Kausalitätsprüfung tritt an die Stelle der Negation der rettenden Bedingung deren Position. Für *Walder* ist das allerdings im Gegensatz zu den meisten deutschen Vertretern dieser Auffassung – z.B. *Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, 12 Anm.4, 18; *Jakobs*, AT, 7/25 – keine ontologische Frage, sondern eine Frage der richtigen Darstellung des Alltagsbegriffs von Ursache, der eben nur Veränderungen erfasst, vgl. *Walder*, a.a.O., 112, 139. Das mag für den Alltagsbegriff der Ursache richtig sein, für den wissenschaftstheoretischen Ursachenbegriff gilt es nicht, vgl. *Stegmüller*, a.a.O., 591 ff.; *Carnap*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, 3. Aufl. 1976, 190. Wenn wir den juristischen Begriff von Ursache suchen oder festlegen, so sind wir also nicht an einen einzigen vorgegebenen Begriff gebunden, sondern müssen uns an der Funktion orientieren, die dieser Begriff für die juristische Aufgabe der Zurechnung von Erfolgen hat: Er soll die tatsächliche Beziehung zwischen Handlung und Erfolg richtig beschreiben, die die erste Voraussetzung von Zurechnung ist. Fest steht, dass Vorderglied wie Zwischenglieder dieser Beziehung nicht nur Veränderungen sein können, sondern auch Verhinderungen und Unterlassungen von Veränderungen, also Negationen von Veränderungen.

Da kommt Dr. Quincy zurück. »Sehen Sie, ich hatte unrecht.« »War der Bypass also in Ordnung?« will ich wissen.

»Keineswegs, er war miserabel vernäht, und der Patient wäre spätestens in einigen Wochen daran gestorben, er hatte keine Chance. Aber, er war eben noch nicht gerissen. Ein anderes Herzkranzgefäß ist geplatzt und hat den Herzbeutel mit Blut gefüllt. Dies war die Ursache für den Tod des Patienten, der Kunstfehler wäre allenfalls eine Ersatzursache.«

Da geht mir eine Supernova auf: So also schalten die Terraner Ersatzursachen aus. Eine Ursache ist eine hinreichende Bedingung für den Erfolg nach Naturgesetzen. Nun sind nicht alle Tatsachen, die den Erfolg mit jener Ursache gesetzlich verknüpfen, tatsächlich eingetreten. Eine Ersatzursache erkennt man daran, dass die Erklärung für den Erfolg, die sie gibt, nicht, genauer: nicht vollständig wahr ist.¹¹ Der zweite Schwarzmantel hatte also recht, als er mir die Anweisung gab, mir nichts hinzuzudenken, was nicht wirklich geschehen ist. Nur hätte er dann nicht von mir verlangen sollen, die Frage zu beantworten, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn die auf Ursächlichkeit hin zu prüfende Handlung entfiel.

Aber ich bin noch immer nicht ganz zufrieden. »Soviel habe ich begriffen, Dr. Quincy, es geht nicht um notwendige Bedingungen, sondern um hinreichende. Aber wenn Sie nun sagen, die Ursache eines Erfolges ist jede wahre und nach Naturgesetzen hinreichende Bedingung für seinen Eintritt, so können Sie niemals die Handlung eines Menschen als die Ursache eines Erfolges bezeichnen. Eine solche Handlung für sich allein reicht niemals aus, den Erfolg zu erklären.«

Also ist der weite Ursachenbegriff der Wissenschaftstheorie und nicht der engere Alltagsbegriff die geeignete Grundlage der Zurechnung. Zu den Fehlern der ontologischen Argumentation gegen die sog. negativen Tatsachen (von nichts kommt nichts) *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (895), s.o. Seite 128.

¹¹ Um Ersatzursachen zu erkennen und auszuscheiden, genügt es nicht, die Wahrheit einer gesetzmäßigen Bedingung zu überprüfen, zu der die präsumtive Ursache gehört. Auch Ersatzursachen sind wahre Bestandteile hinreichender Bedingungen, was man schon daran sieht, dass sie i. V. m. anderen wahren Bedingungen eine sichere Prognose des Erfolges begründen. Es ist vielmehr notwendig, jene Kausalketten zu rekonstruieren, die die präsumtive Ursache mit dem Erfolg über sog. Nahwirkungsgesetze zeitlich und örtlich verbindet, und dann zu überprüfen, ob diese Kette von gesetzmäßigen Zwischenstadien wahr, also vollständig verwirklicht ist, vgl. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (888 ff.), s.o. Seite 122; zu den Kausalketten und den für sie gültigen Gesetzen *Walder* (Fn. 10), 127 ff. Die Ausschaltung von Ersatzursachen, die bei einer Erfolgsprognose als Basis durchaus geeignet wären, zeigt, dass das beschriebene Verfahren der Kausalerklärung nicht prognostisch ist, wie *Schulz*, FS Lackner, 1987, 39 (41 f.), es versteht, sondern von *vornherein* retrospektiv diagnostisch.

»Das ist auch gar nicht nötig«, antwortet Dr. Quincy. »Es genügt, dass die Handlung als ein Bestandteil in dieser hinreichenden Bedingung vorkommt. Dann nennen wir sie eine Ursache, oder, wenn Sie so wollen, Mitursache des Erfolges.«

»Damit ist aber immer noch nicht klargestellt, welche Beziehung zwischen Ursache und Erfolg nun wirklich bestehen muss«, fahre ich fort, und nun ist es an mir, Herrn Dr. Quincy etwas zu erklären. »Wenn Sie mir eine hinreichende Bedingung für irgendeinen Erfolg angeben, so kann ich jede beliebige Tatsache dieser hinreichenden Bedingung hinzufügen und erhalte wieder eine hinreichende Bedingung. Wie stellen Sie also sicher, dass man nicht irgendeine x-beliebige Tatsache, zum Beispiel ein menschliches Verhalten, in jede Kausalerklärung hineinschreiben kann, um den Betroffenen dann für den Erfolg verantwortlich zu machen?«

»Aber das ist doch das Einfachste von der Welt«, meint Dr. Quincy etwas ungeduldig. »Stellen Sie sich vor, mein Assistent hätte die Obduktion durchgeführt und in sein Gutachten geschrieben, der Patient ist an Herzversagen gestorben, weil ein Herzkranzgefäß geplatzt ist, außerdem hatte er einen schlecht vernähten Bypass. Dann würde ich ihm sagen, er möge doch den schlecht vernähten Bypass streichen, zur Erklärung des Todes des Patienten ist er nicht nötig.« Mir geht wieder eine Supernova auf: Das hat es also auf sich mit dem Wegdenken. Die Terraner verlangen weder eine notwendige Bedingung noch eine hinreichende, eine Ursache ist für sie vielmehr jeder notwendige Bestandteil einer nach Naturgesetzen hinreichenden Bedingung des Erfolges.¹² Ob eine Tatsache notwendiger Bestandteil einer solchen hinreichenden Bedingung ist, können sie dadurch überprüfen, dass sie diese

12 Genauer: Jeder notwendige Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung, näher dazu *Puppe*, ZStW 92, (1980) 863, 875 ff., s.o. Seiten 112 ff. Diese Bestimmung der logischen Beziehung zwischen Einzelursache und Erfolg deckt sich mit der Erklärung des Begriffs der Einzelursache von *Mackie* in: *The Cement of the Univers*, 1974, 62; als sog. Inusbedingung, die sich in der Wissenschaftstheorie in zwischen durchgesetzt hat, vgl. dazu *Stegmüller*, (Fn. 10), 591 ff. Die Minimalbedingung, deren notwendiger Bestandteil die Einzelursache ist, kann freilich in praxi nicht vollständig dargestellt werden, es wird vielmehr immer nur ein Teil davon ausdrücklich genannt und der andere, meist viel umfangreichere, stillschweigend vorausgesetzt. *Mackie* nennt diese nicht benannten Teile das kausale Feld. Welche Tatsachen zum kausalen Feld gehören und welche zur expliziten Bedingung, ist dabei dem speziellen Erklärungsinteresse oder der Willkür überlassen. Wenn man eine Einzelursache aus diesem kausalen Feld heraushebt, indem man sie ausdrücklich erwähnt, verdoppelt man sie nicht etwa, wie *Jakobs* meint, wenn er gegen die Aufnahme von Negationen störender Bedingungen einwendet: »Vielmehr ist das Fehlen von Hindernissen immer schon in der Aussage mitbedacht, ein Erfolg sei durch ein Ereignis hinreichend bedingt; das Fehlen ist also *nicht weitere Bedingung neben dem Ereignis*.« (Hervorhebung Original), AT, 7/25.

Tatsache aus der Bedingung streichen oder, wie sie sich ausdrücken, hinwegdenken, um dann zu überprüfen, ob die verbleibende Bedingung ebenfalls für die Erklärung des Erfolges hinreichend ist. Es geht also nicht darum, sich die Tatsachen aus der Welt hinwegzudenken und dann festzustellen, was ohne sie geschehen wäre. Es geht nur darum, aus einer bereits aufgestellten kausalen Erklärung ein bestimmtes Ereignis hinwegzudenken, um zu prüfen, ob die Erklärung ohne dieses noch schlüssig ist.¹³

Warum haben mir die Schwarzmäntel das nicht gleich gesagt? Sie hätten mir eine Menge Ärger erspart. Nun, sie wissen es nicht! Die Kausalerklärungen, mit denen sie sich normalerweise befassen müssen, sind so offensichtlich und trivial, dass sie sich nicht der Mühe unterziehen, sie sich vollständig bewusst zu machen und auszusprechen. Was soll man auch groß über einen Vorgang sagen wie den: A schießt auf den gesunden B, B fällt tot um. Da die Schwarzmäntel aber genötigt sind, für alles, was sie sagen, eine Begründung anzugeben, sei es noch so trivial, geben sie als Begründung eben jenen letzten Schritt der Kausalerklärung an, der darin besteht, darzutun, dass die als Ursache angenommene Handlung für die Erklärung des Erfolges (nicht für den Erfolg!) wirklich notwendig ist. Und nun halten sie diesen Teil für das Ganze und glauben deshalb, sie müssten eine schlechthin notwendige Bedin-

13 *Walder* schreibt, nachdem er ausgeführt hat, dass nur die empirischen Kausalgesetze uns darüber belehren, ob der Erfolg bei »Weglassen« der Handlung entfiel: »Dennoch ist die *conditio-sine-qua-non*-Formel nützlich. Sie erlaubt bis zu einem gewissen Grade zu testen, ob die im konkreten Fall *aufgrund eines Naturgesetzes oder einer allgemeinen Erfahrung gefundene oder vermutete Kausalität* tatsächlich <gespielt> hat« (Fn. 10), 138 (Hervorhebung nicht Original). Ähnlich schreibt *E..A. Wolff*, (Fn. 10), 13. »Die Kausalität einer Handlung ist festgestellt, wenn der Erfolg *nicht ohne die Handlung aus dem vorausgehenden Geschehen erklärt werden kann*« (Hervorhebung nicht Original). Aber beide Autoren beschränken sich nicht auf die Streichung der Handlung aus einer bereits gefundenen Kausalerklärung des Erfolges, sondern bleiben bei der hypothetischen Frage, ob der Erfolg bei Wegdenken der Handlung ausgeblieben wäre, denken also die Handlung nicht aus der aufgestellten Erfolgserklärung weg, sondern aus der Welt, vgl. *Walder*, a.a.O., 139; *Wolff*, a.a.O., 31.

Sollte man tatsächlich einmal auf eine Bedingung stoßen, die schlechthin nach Naturgesetzen oder anderen allgemeinen Sätzen für den Erfolgseintritt notwendig ist, so ist das nur der Sonderfall, dass diese Bedingung eben notwendiger Bestandteil jeder denkbaren hinreichenden Mindestbedingungen des Erfolges ist. Deshalb ist es ohne Schwierigkeiten möglich, bei Aufstellung einer Kausalerklärung auch allgemeine Sätze, von der Form »nur wenn ... dann ...« zu verwenden, wie sie *Schulz* (Fn. 11), 44, anführt. Dazu gehören auch empirische Sätze wie: »Wenn jemand eine Tatsache weiß, muss er sie (irgendwie) erfahren haben.« (Menschen verfügen im Gegensatz zu vielen Tieren über kein angeborenes »Wissen«.)

gung für den Erfolg verlangen. Dieser Irrtum wird ihnen bestimmt noch eine ganze Menge Scheinprobleme bereiten.¹⁴

Abschließender Bericht

Zurück an Bord, schreibe ich einen neuen Bericht: »Wenn die Terraner ein Phänomen (Wirkung) auf andere Phänomene als Ursachen zurückführen, so gehen sie davon aus, dass es allgemeine Regeln, sog. Naturgesetze gibt, nach denen auf eine bestimmte Konstellation von Phänomenen eine bestimmte andere folgen muss. Ob sie davon überzeugt sind, dass das für alle Verläufe gilt, dass also jeder Prozess durch solche Naturgesetze vollständig vorherbestimmt ist, mag im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben. Es mag hier genügen, dass sie von einem Grossteil der für sie praktisch wichtigen Verläufe ihres Alltagslebens und ihrer Technik dies annehmen. Diese Naturgesetze haben in der Regel die logische Form einer hinreichenden Bedingung, das heißt sie besagen, wenn eine Reihe von Voraussetzungen gegeben ist, so folgt mit Notwendigkeit eine bestimmte Wirkung.

Wenn die Terraner eine Wirkung auf ihre Ursachen zurückführen wollen, so gehen sie auf die Suche nach solchen Phänomenen, die vor Eintritt der Wirkung vorgelegen haben, und nach Naturgesetzen, die diese Wirkung notwendig zur Folge haben. Finden sie einen solchen Komplex von Phänomenen, die sich in Wirklichkeit auch zugetragen haben, und ist deren gesetzmäßige Folge eingetreten, so sagen sie, sie hätten die Folge kausal erklärt. Eine einzelne Ursache ist für sie ein Bestandteil einer solchen kausalen Erklärung, und zwar ein notwendiger. Das heißt, dass ohne diesen Bestandteil die Voraussetzungen jenes Naturgesetzes nicht vollständig erfüllt wären, mit Hilfe dessen die Folge erklärt werden soll. Es kann bei den Terranern unter Umständen sehr einschneidende Konsequenzen haben, wenn in eine Kausalerklärung eine Tatsache aufgenommen wird, die in ihr nicht notwendig ist. Deshalb überprüfen die Terraner die Notwendigkeit eines einzelnen

¹⁴ Außer der Doppelkausalität und der Ausscheidung von Ersatzursachen ist hier vor allem das Problem der Kausalität der Sorgfaltpflichtverletzung zu nennen. Hier zwingt das Wegdenkenverfahren dazu, statt des pflichtwidrigen Verhaltens irgendein anderes pflichtgemäßes einzusetzen, um dann zu fragen, was geschehen wäre. Es steht aber nicht fest, welche von mehreren erlaubten Verhaltensweisen einzusetzen ist, und davon kann das Ergebnis des Verfahrens durchaus abhängen. Der betrunkenen Autofahrer, der den Zusammenstoß mit dem ihn schneidenden Motorradfahrer nicht durch Bremsen verhindern konnte, hätte ihn sicher verhindert, wenn er zu Fuß nach Hause gegangen wäre, aber vielleicht nicht, wenn er nüchtern gefahren wäre, vgl. BGHSt 24, 31. Bei richtiger Verfahrensweise tritt diese Mehrdeutigkeit nicht auf. Man versucht, das Zustandekommen des Erfolges aus wahren Prämissen zu erklären, ohne diejenigen Eigenschaften des Verhaltens zu verwenden, aus denen sich seine Pflichtwidrigkeit ergibt, näher dazu oben Seite 172 ff.; *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595, 599 ff.

Bestandteils einer kausalen Erklärung dadurch, dass sie, nachdem sie diese Erklärung aufgestellt haben, diesen Bestandteil aus ihr streichen oder, wie sie sagen, wegdenken. Lässt sich dann der Erfolg aus den verbleibenden Tatsachen noch nach Naturgesetzen ableiten, so hat sich dieser Bestandteil als nicht notwendig und damit als Nichtursache erwiesen. Eine Ursache ist er nur dann, wenn die Erklärung zusammenbricht, der Erfolg also nicht mehr ableitbar ist, sobald man diese Tatsache streicht.

Wider die fahrlässige Mittäterschaft

(GA 2004, 129–146)

Die schlimmsten Fehler macht man
in der Absicht,
einen Fehler gutzumachen.

Jean Paul

In letzter Zeit mehren sich in der Literatur die Stimmen, die die Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft fordern, mit dem erklärten Ziel, die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung des Einzelnen beziehungsweise deren Nachweis überflüssig zu machen, wenn Mehrere an dem Vorgang, der schließlich zum Erfolg geführt hat, beteiligt waren. Begründet wird diese Forderung fast ausschließlich damit, dass nur auf diese Weise das Problem der überbedingten Gremienentscheidung auch bei Fahrlässigkeit lösbar ist. Das ist nicht richtig. Die Fälle, in denen sich die Einführung einer kausalität ersetzenden fahrlässigen Mittäterschaft praktisch auswirken würde, sind ganz andere. Für diese Fälle ist sie nicht gerechtfertigt. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Rechtsprechung einer Mittäterschaft bei fahrlässigen Delikten bisher nicht näher getreten ist.

Eine »Revolution« in der Lehre von der Mittäterschaft

Jeder versagt für sich allein. Wenn dem Täter kein rechtswidriger Wille sondern nur ein Versagen vor den Sorgfaltsanforderungen der Rechtsordnung vorzuwerfen ist, so ist ihm ein durch dieses Versagen von ihm verursachter Verletzungserfolg zuzurechnen, nicht aber das Versagen anderer, mag dieses auch dem seinen gleich sein oder sonst irgendwie mit ihm zusammenhängen. Dies ist einer der ganz wenigen Sätze, über die in der Strafrechtsdogmatik bis zum Ende des vergangenen Jahrhunderts Einigkeit herrschte. Aber in den letzten zehn Jahren ist eine Reihe von Monographien und Aufsätzen erschienen, die die Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft verlangen und begründen und zwar gerade mit dem Ziel, die Feststellung der Kausalität des einzelnen fahrlässig Handelnden für den Schaden überflüssig zu machen. Die Konsequenzen der Einführung dieser Rechtsfigur sind noch gar nicht abzusehen. Zu ihnen gehört, dass bei Zweifeln darüber, wer von mehreren gemeinsam oder zugleich fahrlässig Handelnden den Erfolg verursacht hat, nicht wie bisher alle Beteiligten freizusprechen, sondern alle zu verurteilen sind.

Ein Beispiel dafür ist der berühmte Fall *rolling stones*.¹ Zwei junge Männer entschließen sich spontan, je einen Felsbrocken einen Abhang hinunter in den Fluss zu rollen. Fahrlässigerweise haben sie sich zuvor nicht davon überzeugt, dass sich unterhalb dieser Böschung niemand befindet. Einer der Steine trifft einen am Flussufer sitzenden Angler tödlich. Wer von den beiden jungen Männern ihn gerollt hat, kann nicht mehr festgestellt werden. Die herrschende Lehre in Deutschland muss zum Freispruch beider Beteiligten kommen, weil keinem von ihnen nachzuweisen ist, dass er den Tod des Anglers durch seinen Steinwurf verursacht hat. Kann man sie zu fahrlässigen Mittätern machen, so kann man einem jeden das Verhalten des Anderen wie eigenes zurechnen, mit der Konsequenz, dass für die Strafbarkeit eines jeden von ihnen wegen fahrlässiger Tötung die Feststellung ausreicht, dass mit Sicherheit einer von ihnen den Tod des Fischers verursacht hat. So hat das Schweizer Bundesgericht den Fall auch entschieden.²

In Deutschland ist die Rechtsprechung der Konstruktion einer fahrlässigen Mittäterschaft bisher nicht näher getreten. Das OLG Schleswig hat sie in dem folgenden ganz entsprechenden Fall ausdrücklich abgelehnt.³ Die beiden Angeklagten waren in eine Fabrikhalle eingedrungen, um dort zu stehlen. Da sie nicht riskieren wollten, das elektrische Licht einzuschalten, zündeten sie abwechselnd Streichhölzer an und warfen diese noch brennend fort. Eines der Streichhölzer entzündete einen Stoffballen, die Flammen griffen auf andere Stoffballen und schließlich auf die Holzdecke über. Wer das Streichholz geworfen hatte, durch das der Brand entstanden war, konnte nicht festgestellt werden. Das OLG Schleswig hat in diesem Fall nicht nur eine fahrlässige Mittäterschaft ausdrücklich abgelehnt, sondern auch andere Möglichkeiten, einen der Täter für das Verhalten des anderen verantwortlich zu machen, insbesondere eine Garantenpflicht aus vorangegangenen Tun. Es sprach beide Täter vom Vorwurf der fahrlässigen Brandstiftung frei. Dabei hatten die Angeklagten doch ein »gemeinsames Handlungsprojekt«,⁴ nämlich die Halle zwecks Auffindung von geeigneten Beutestücken zu erleuchten.

Die Möglichkeit, mit Hilfe der Annahme einer fahrlässigen Mittäterschaft Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, hat durchaus etwas Verlo-

1 Schweizerisches Bundesgericht BGE IV 1987, 58 ff.; dazu *Walder* FS Spindel (1992), 363 (369 f.); *Dencker* Kausalität und Gesamttat (1995), 178 Fn 148; *Riedo/Chvojka* Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsofgaltsgemeinschaft SchwZStr 2002, 152 (164); *Roxin* AT/2 (2003) 25/240; *Weißer* Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen (1996), 154 f.; *dies.* JZ 1998, 230 (234); *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997), 285.

2 BGE IV 1987, 58 (60).

3 NStZ 1982, 116.

4 Siehe zum gemeinsamen Handlungsprojekt als Grundlage einer fahrlässigen Mittäterschaft unten [Kausalitätsersetzende Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt].

ckendes. Soll derjenige, der durch seinen sträflichen Leichtsinns den Tod des Fischers tatsächlich verursacht hat, nur deshalb ungestraft davonkommen, weil ein anderer genauso leichtsinnig war? Verdient der Andere sein Glück, dass sein Stein den Fischer nicht getroffen hat?

Im Zivilrecht wird ja auch so verfahren. Die Streichholzwerfer wären nach § 830 BGB beide voll schadenersatzpflichtig. Die Haftung desjenigen, der den Schaden tatsächlich nicht selbst verursacht hat, kann dabei nur damit begründet werden, dass er durch seine Beteiligung an dem Vorgang bewirkt hat, dass der Verletzte die Verursachung des Schadens durch den Anderen nicht beweisen kann. Es ist dann immer noch gerechter, wenn er den Schaden trägt, als wenn es der Verletzte tun müsste.

Im Strafrecht geht es aber nicht um Verteilung vorhandener Übel, sondern um die Zufügung neuer. Sie muss aus einem individuellen Schuldvorwurf gerechtfertigt werden. Solange die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit generell davon abhängig gemacht wird, dass der Täter einen Erfolg selbst verursacht hat, kann im Einzelfall das Argument nicht zählen, dass es nicht sein Verdienst ist, wenn dies nicht geschehen ist. Wenn also ein Täter wegen fahrlässiger Erfolgsverursachung bestraft werden soll, obwohl nicht festgestellt werden kann, dass er den Erfolg selbst verursacht hat, so bedarf dies einer grundsätzlichen Rechtfertigung. Wenn dies Ergebnis mit Hilfe einer Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft erreicht werden soll, so muss also die Frage beantwortet werden, mit welchem Recht und unter welchen Voraussetzungen einem Fahrlässigkeitstäter das ebenfalls fahrlässige Handeln eines Anderen wie eigenes zugerechnet werden darf.

Die bis vor etwa zehn Jahren unangefochtene und heute immer noch herrschende Auffassung von der Mittäterschaft geht dahin, dass diese gegenseitige Zurechnung nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens, die Täter müssen arbeitsteilig aufgrund eines vor, äußersten Falls bei Beginn, der Tat verabredeten Tatplans handeln. Eine bloße Gleichheit der Handlungsweisen mehrerer Täter oder auch ein inneres Einverständnis des einen Täters mit der Handlungsweise des anderen genügt nicht, ihm diese wie eigenes Handeln zuzurechnen. Zweitens, dieser Tatplan muss eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung zum Gegenstand haben. Die Täter müssen also mit diesem Tatplan entweder den tatbestandsmäßigen Erfolg selbst gemeinsam arbeitsteilig anstreben, oder doch einen Erfolg, dessen Eintritt notwendig oder wahrscheinlich mit der Tatbestandsverwirklichung als Nebenfolge verknüpft ist. Irgend ein gemeinsames Handlungsprojekt, das selbst keinen deliktischen Sinn hat, aber von einem oder auch allen Beteiligten in einer den Sorgfaltsanforderungen des Rechts nicht entsprechenden Weise durchgeführt wird, reicht als gemeinsames Band nicht aus, um die Sorgfaltspflichtverletzung des einen Beteiligten und ihre schädli-

chen Folgen dem anderen strafrechtlich zuzurechnen.⁵ Drittens, jeder Mittäter muss bei der Ausführung der Tat selbst mithandeln und durch diese Handlung auch den Erfolg verursachen. Die Figur der Mittäterschaft ist also nicht dazu angetan, das Erfordernis der Erfolgsverursachung für die Täterschaft zu ersetzen.

Von diesem Grundsatz wird nur vereinzelt eine Ausnahme gemacht, und zwar dann, wenn nach dem Tatplan im Voraus nicht feststeht, welche von mehreren zur Herbeiführung und Sicherung des Erfolges planmäßig vorgesehenen Handlungen diesen schließlich verursachen wird, so genannte additive Mittäterschaft.⁶ Ein Fall dieser Art ist der, dass die Mittäter, die das Opfer vergiften wollen, im Voraus nicht wissen können, welches von mehreren Getränken das Opfer wählen wird. Vergiftet nun einer der Beteiligten verabredungsgemäß den Wein, der andere das Wasser, so soll auch derjenige, der den Wein vergiftet hat, als Mittäter der Vergiftung bestraft werden, wenn das Opfer das Wasser wählt.

Trotz dieser drei Voraussetzungen ist die Mittäterschaft immer noch die strengste Form der Zurechnung, die es bei mehreren an einer Tatbestandsverwirklichung Beteiligten gibt. Von allen Teilnehmern wird der Mittäter am schlechtesten behandelt. Im Gegensatz zum Anstifter oder Gehilfen wird ihm das Verhalten der anderen Mittäter voll zugerechnet, so als habe er es selbst ausgeführt. Im Gegensatz zum mittelbaren Täter wird es ihm zugerechnet, obwohl er den anderen Mittäter nicht als Werkzeug beherrscht.

Mit der Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft müsste nun auf alle drei genannten Voraussetzungen verzichtet werden, naturgemäß zunächst auf den Tatvorsatz und auch auf einen gemeinsamen Tatplan, der eine Tatbestandsverwirklichung zum Inhalt hat. An seine Stelle muss eine andere Gemeinsamkeit des Handelns treten. Dass auch auf die Kausalität des einzelnen Mittäters für den Erfolgseintritt grundsätzlich verzichtet werden soll, ist geradezu der Sinn und Zweck der Einführung der fahrlässigen Mittäterschaft. Was bleibt danach von den Voraussetzungen der mittäterschaftlichen Zurechnung eigentlich noch übrig, was von den Voraussetzungen der Zurechnung zur Fahrlässigkeit? Sowohl die Lehre von der Mittäterschaft als auch die von der Fahrlässigkeit müssten auf völlig neue dogmatische Grundlagen und rechtsethische Rechtfertigungen gestellt werden, um diese geradezu revolutionären Neuerungen zu begründen.

Nichts dergleichen ist geschehen. Es war vielmehr ein einziger Fall, der zu dieser Revolution in der Strafrechtsdogmatik geführt hat, der sog. Leder-

5 *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme (1977), 73.

6 *Herzberg* (Fn 5), 56 ff.; *Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht (1985), 372 ff.; *Knauer* Die Kollegialentscheidung im Strafrecht (2001), 139 ff.; 137 f.; *Köhler* AT (1996) Rn. 578; *Rodriguez Montanes* FS Roxin (2001), 321; *Roxin* AT/2, 25/230; *Weißer* (Fn 1), 93 ff.

sprayfall des *BGH*.⁷ In diesem Fall hatte ein Gremium von Geschäftsführern einstimmig einen rechtswidrigen Beschluss gefasst. Für das Zustandekommen dieses Beschlusses hätte eine einfache Mehrheit genügt. Wendet man also auf diesen Fall zur Feststellung der Kausalität die sog. *conditio-sine-qua-non*-Theorie an, so kann sich jedes Gremiumsmitglied gegen diesen Vorwurf mit dem Hinweis darauf verteidigen, dass die anderen es überstimmt hätten, wenn es pflichtgemäß gegen den Beschluss gestimmt hätte. Das gilt sowohl für den Fall, dass den Gremiumsmitgliedern eine vorsätzliche, als auch für den, dass ihnen eine fahrlässige Herbeiführung eines Verletzungserfolges durch diesen rechtswidrigen Beschluss vorgeworfen werden soll. Dass die meisten Verfechter der Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft vornehmlich oder gar ausschließlich dazu angetreten sind, dieses Problem zu lösen, kommt schon in den Titeln ihrer Arbeiten zum Ausdruck.⁸

Der *BGH* will den Einwand des einzelnen Geschäftsführers, dass er nach der *conditio-sine-qua-non*-Theorie nicht kausal für den Erfolg gewesen ist, dadurch ausräumen, dass er bereits vor der Prüfung der Kausalität die Behauptung aufstellt, dass die Geschäftsführer Mittäter seien, um dann zwecks Prüfung der Kausalität ihre Stimmabgaben zusammenzufassen, und nun mit der *conditio-sine-qua-non*-Theorie die Kausalität von allen zusammen mit dem Hinweis darauf begründen zu können, dass der Erfolg entfallen wäre, wenn man sich alle Stimmen zusammen hinwegdenkt.⁹ Allerdings hat der *BGH* keine Begründung dafür angegeben, dass die Gremiumsmitglieder Mittäter sind. Diese Begründung wollen die Verfechter einer fahrlässigen Mittäterschaft zunächst nachholen, um sie dann auf das Fahrlässigkeitsdelikt zu übertragen und so eine fahrlässige Mittäterschaft allgemein zu rechtfertigen.

Kausalitätsersetzende Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt

Auch wenn man mit dem *BGH* auf die Kausalität des einzelnen Mittäters verzichtet, bleibt immer noch die Frage, wie der gemeinsame Tatplan der Gremiumsmitglieder begründet werden soll beziehungsweise was an seine

7 BGHSt 37, 106 = JuS 1991, 253 = JZ 1992, 253 m. Anm. *Hirte* = JR 1992, 27 m. Anm. *Puppe*; *dies.* AT/1 2/7 ff.; Anm. *Samson* StV 1991, 182; Besprechungen: *Kuhlen* NSTZ 1990, 566; *Schmidt-Salzer* NJW 1990, 2966; *Brammsen* Jura 1991, 533; *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737 ff.

8 Z.B. *Knauer* Die Kollegialentscheidung im Strafrecht; *Schaal* Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen (2001); *Weißer* Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen; oder *Neudecker* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen (1995); vgl. auch *Roxin* AT/2, 25/241; *Kamm* Die fahrlässige Mittäterschaft (1999), 162 ff.

9 BGHSt 37, 106 (126 ff.).

Stelle treten soll. Diese Funktion soll nach einer Auffassung irgendein gemeinsames Handlungsprojekt übernehmen, durch das das Verhalten aller Beteiligten zu einer sog. Gesamttat zusammengefasst wird.¹⁰ Gemeinsame Handlungsprojekte gibt es auch bei fahrlässigem Handeln.¹¹ Aber wie soll irgendein gemeinsames Handlungsprojekt, das keinen deliktischen Sinn zu haben braucht, den Tatplan zur Verwirklichung eines Straftatbestandes ersetzen, um zu begründen, dass jeder an dem Projekt Beteiligten alle Handlungen der anderen Beteiligten zu verantworten hat? Außerdem ist der Begriff des Handlungsprojekts vieldeutig. Je nach dem, wie viele miteinander koordinierte Verhaltensweisen man zu einem Handlungsprojekt zusammenfasst, ist der Kreis der Mittäter, die sich gegenseitig ihre Handlungen zurechnen lassen müssen größer oder kleiner. Was ist beispielsweise das gemeinsame Handlungsprojekt von Ärzten in einer Klinik, einen Patienten zu narkotisieren, ihn zu operieren, ihn zu heilen oder ein Krankenhaus zu betreiben?

Andere wollen auf den gemeinsamen Tatplan nicht vollständig verzichten, sondern, immer orientiert am Problem der Gremiumsentscheidung, begründen, dass ein solcher auch bei einer Gremiumsentscheidung vorliegt, und zwar auch dann, wenn das Abstimmungsverhalten der Beteiligten nicht vorher abgesprochen ist und geheim abgestimmt wird. Dieser rudimentäre Tatplan soll nun auch bei fahrlässigem Handeln vorhanden sein können. Er besteht bei der geheimen Abstimmung darin, dass jeder, vorausgesetzt er gibt seine Stimme ehrlich und nicht berechnend ab, wünscht, dass die anderen Gremiumsmitglieder genauso abstimmen. Er gibt mit seiner Stimmabgabe zugleich gewissermaßen ein Angebot an alle anderen Gremiumsmitglieder ab, mit ihm zu stimmen und nimmt dadurch auch die gleichlautenden Angebote der anderen Gremiumsmitglieder an.¹² In der Stimmangabe fallen also Tatplanbegründung und Tatplanausführung zusammen. Verglichen wird das mit dem Fall, dass mehrere sich spontan und gleichzeitig zu einer Straftat entschließen und sie gemeinsam durchführen indem beispielsweise jugendliche Ausländerhasser ohne vorherige ausdrückliche Verabredung gemeinsam über einen Ausländer herfallen, um ihn zusammenzuschlagen.¹³ Zwischen diesem Fall und einer geheimen Abstimmung besteht der Unterschied, dass zwischen den Gewalttätern kurz vor der Tat oder während der Tat immer noch eine Kommunikation stattfindet, die in der Regel sogar eine verbale Verabredung der Tat zum Inhalt haben wird (»Los, den mischen wir auf!«).

10 Dencker (Fn 1), S. 157, 160; Renzikowski (Fn 1), S. 288; ähnlich Ransiek Unternehmensstrafrecht (1996), S. 70, der beim Fahrlässigkeitsdelikt darauf abstellt, ob ein gemeinsamer *Handlungsentschluss* besteht und daraufhin gemeinsam gehandelt wird (Hervorhebung dort).

11 Dencker (Fn 1), S. 178; Renzikowski (Fn 1), S. 288.

12 Schaal (Fn 8), 195; Knauer (Fn 6), 161; Kamm (Fn 8), 209; Neudecker (Fn 8), S. 214 f; SK-Hoyer § 25 Rn. 129, 7. Aufl. 2000.

13 Knauer (Fn 6), S. 161.

Aber selbst wenn solche Worte nicht fallen, findet doch eine nonverbale Kommunikation statt, die schon darin bestehen kann, dass jeder die Handlungen des anderen sieht und sich entscheiden kann und muss, wie weit er sie »mitmachen« will. Bei einer geheimen nicht verabredeten Abstimmung findet weder vor noch während der Abstimmung etwas dergleichen statt. Die Abstimmenden beeinflussen sich gegenseitig nicht während der Tatausführung, es bleibt nur das innere Einverständnis der Abstimmenden mit der gleichen Abstimmung anderer übrig.

Dieser Unterschied erscheint auf den ersten Blick geringfügig, hat aber erhebliche Konsequenzen. Begnügt man sich mit dem inneren Einverständnis des Mittäters und verzichtet man wo möglich auch noch auf seine Kausalität, so gibt es keinen Grund mehr, die sog. sukzessive Mittäterschaft abzulehnen. Auch genügt es dann für eine mittäterschaftliche Zurechnung, wenn mehrere Personen sich ein Delikt wünschen, dies wo möglich auch voneinander wissen, und einer es schließlich ausführt.

Ein Beispiel dafür ist der berühmte Bratpfannen-Fall.¹⁴ Ein Trunkenbold und Schläger hatte seine Frau und seine Töchter über Jahre hinweg derart drangsaliert, dass alle ihm den Tod wünschten. Nehmen wir an, dass sie sogar wünschten, dass eine von ihnen sich endlich ein Herz fasst, und die Familie vom Haustyranen befreit, und dass sie das voneinander auch wissen. Als der Mann eines Morgens ahnungslos am Küchenherd steht, tritt seine Stieftochter mit einer schweren Bratpfanne hinter ihn, und schlägt sie ihm zweimal auf den Kopf. Er bricht bewusstlos zusammen, und sie läuft aus dem Zimmer, um die Polizei anzurufen. Da betritt die Mutter die Küche und sieht ihren Mann hilflos am Boden liegen. Sie entschließt sich, die günstige Gelegenheit zu nutzen, und versetzt ihm noch zwei weitere Schläge mit der schweren Bratpfanne. Später lässt sich nicht mehr feststellen, ob die Schläge der Tochter oder die der Mutter oder beide zusammen den Tod des Haustyranen verursacht haben.

Die Kausalität der Tochter für den Tod steht fest, denn sie hat ihn entweder durch ihre eigenen Schläge unmittelbar verursacht, oder dadurch, dass sie die günstige Gelegenheit für das Handeln der Mutter geschaffen hat. Nach der modernen Lehre vom Regressverbot würde aber die zweite Alternative ihre Verantwortlichkeit für den Erfolg deshalb nicht begründen, weil zwischen die von ihr gesetzte Ursache und den Erfolg als weitere Ursache das vorsätzliche Handeln der Mutter tritt.¹⁵ Jedenfalls ist die Kausalität der Mutter für den Tod nicht nachweisbar, weil es nicht ausgeschlossen ist, dass allein die Schläge der Tochter ihn verursacht haben. Nach der oben dargestellten Lehre von der Mittäterschaft ist die Verantwortlichkeit beider Frauen

¹⁴ BGH NJW 1966, 1823 ff.

¹⁵ Otto AT, 6. Aufl. 2000, 6/53; ders. FS Maurach (1972), 91 (96 ff.); Wessels/Beulke AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 192.

für den Tod des Mannes ohne weiteres zu begründen. Dass nach der *conditio sine qua non*-Theorie der Tod entfielen, wenn man sich das Handeln beider Frauen zusammen hinweg denkt, steht fest. Beide haben sich schon vor der Tat gewünscht, dass er getötet wird und haben dies voneinander gewusst. Das ist der gemeinsame Tatplan. Der Nachweis einer Kausalität der einzelnen Tathandlung erübrigt sich bei der Mittäterschaft. Konsequenterweise wäre die Mutter auch dann Mittäterin, wenn gerichtsmedizinisch nachgewiesen wäre, dass ihre Schläge nicht tödlich waren, zumal sie *ex ante* betrachtet auch tödlich hätten sein können.

Kausalitätsersetzende Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt

Welche Gemeinsamkeit der fahrlässig Handelnden soll nun an die Stelle dieses gemeinsamen inneren Einverständnisses mit der Erfolgsherbeiführung beim Vorsatzdelikt treten, um eine fahrlässige Mittäterschaft zu begründen? Darüber besteht unter deren Verfechtern noch eine größere Meinungsvielfalt, als beim Vorsatzdelikt. Das ist deshalb nicht verwunderlich, weil sie diese Anforderungen nicht aus einer grundlegenden Neukonzeption der Mittäterschaft entwickeln, sondern *ad hoc* mit dem Blick auf ein erwünschtes Ergebnis in bestimmten Einzelfällen, der vornehmlich wiederum auf das Gremienproblem gerichtet ist.

Für manche soll wiederum irgendein Handlungsprojekt diese Gemeinsamkeit ausmachen.¹⁶ Die oben gegen diese Begründung von Mittäterschaft geltend gemachten Einwendungen sind natürlich beim Fahrlässigkeitsdelikt genauso einschlägig wie beim Vorsatzdelikt. Andere verlangen eine Verbundenheit der fahrlässigen Mittäter durch eine »gemeinsame Sorgfaltspflicht«.¹⁷ Aber so etwas gibt es von Rechts wegen nicht. Jede Rechtspflicht kann und muss so formuliert werden, dass sie ein einzelnes Rechtssubjekt trifft. Das gilt insbesondere auch dann, wenn, wie beispielsweise bei der Gremiumsentscheidung, die Sorgfaltspflichten mehrerer Beteiligter sich inhaltlich gleichen. Dies gilt auch dann, wenn die Sorgfaltspflichten verschiedener Personen den Zweck haben, den gleichen Kausalverlauf zum Erfolg zu verhindern.¹⁸ Jeder versagt für sich allein.

16 *Dencker* (Fn 1), 156; *Renzikowski* (Fn 1), 288; vgl. *Küpper* GA 1998, 519 (527); *Rodriguez Montanes* FS Roxin, S. 326; *SK-Hoyer* § 25 Rn. 154 spricht zwar auch bei Fahrlässigkeit der Beteiligten von einem »gemeinsamen Tatentschluss«, sagt aber nicht, welchen Inhalt dieser haben muss.

17 *Weißer* (Fn 1), 156; *Otto* FS Spendel, S. 271 (282 f.); *ders.* FS Maurach, S. 91 (104); *ders.* AT 21/114.

18 Eben darauf will aber *Kamm* (Fn 8), 209 die fahrlässige Mittäterschaft insoweit gründen, als dass mehrere, aber nicht notwendig alle Mittäter ihre Sorgfaltspflicht hätten erfüllen müssen, um den Erfolg zu vermeiden.

Nach einer anderen Version soll die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeit dadurch begründet sein, dass die Täter gemeinsam eine unerlaubte Gefahr herbeiführen.¹⁹ Aber mit den unerlaubten Gefahren verhält es sich genauso wie mit den Pflichten. Wenn mehrere Personen sorgfaltswidrig handeln, so begründet jede für sich eine unerlaubte Gefahr. Mit welchem Recht und unter welchen Bedingungen fasst man diese mehreren Gefahren zu einer einzigen zusammen?

Alle diese Vorschläge, den gemeinsamen Plan, eine Straftat zu begehen, durch eine andere Gemeinsamkeit zu ersetzen,²⁰ laufen darauf hinaus, mehrere Personen, deren Verantwortung als Einzelne nicht zu begründen ist, unter irgendeiner Bezeichnung zu einem Kollektiv zusammenzufassen, um ihnen den Erfolg als Kollektivschuld zuzurechnen.²¹ Sobald man auf den durch den Tatbestand selbst definierten deliktischen gemeinsamen Tatplan verzichtet hat, findet sich keine Gemeinsamkeit der Beteiligten, die normativ legitimiert ist und die nicht manipulierbar ist, je nachdem mit welchen Begriffen man das gemeinsame Handlungsprojekt, die gemeinsame Pflicht oder die gemeinsam herbeigeführte unerlaubte Gefahr beschreibt. Daran muss der Versuch scheitern, das zweite Erfordernis der Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt, den durch den Tatbestand inhaltlich bestimmten gemeinsamen Tatplan, beim Fahrlässigkeitsdelikt durch irgendeine andere Gemeinsamkeit zu ersetzen.

Das dritte Erfordernis der vorsätzlichen Mittäterschaft, die Kausalität überflüssig zu machen ist das Ziel der Einführung der fahrlässigen Mittäterschaft. Einige ihrer Verfechter verlangen immerhin eine sog. potentielle Kausalität. Damit ist gemeint, dass ex ante betrachtet, also nach dem Wissensstand eines noch zu definierenden Beobachters oder des Täters, die Ursächlichkeit des einzelnen Tatbeitrags möglich ist.²² Dies wurde bisher nur für eine bestimmte Fallkonstellation vorgeschlagen. Das ist die von *Herzberg* sog. additive Mittäterschaft.²³ Aufgrund eines gemeinsamen Tatplans führen mehrere Täter Handlungen aus, die je für sich allein den Erfolg verursachen können, von denen die Täter aber ex ante nicht wissen, welche Handlung ihn verursachen wird. *Herzberg* bildet das Beispiel, dass mehrere Attentäter gleichzeitig auf ein Opfer schießen, das von einigen Kugeln tödlich getroffen,

19 *Kamm* (Fn 8), 202 ff.; *MüKo-Joecks* § 25 Rn. 243, 1. Aufl. 2003 – nach *Walder* FS Spindel, 363 (369 f.); begründet diese gemeinsam geschaffene unerlaubte Gefahr zwar noch nicht die Zurechnung des Erfolges, aber eine Garantspflicht jedes Beteiligten, auch der von den anderen ausgehenden Erfolgsverursachungsgefahr zu steuern. Wegen deren Verletzung wird dann doch jedem der Erfolg zugerechnet.

20 Übersicht über die verschiedenen Vorschläge bei *NK-Schild* Vor § 25 Rn. 226, 1. Aufl. 2004; *MüKo-Joecks* § 25 Rn. 240 ff.; *Kühl* AT, 2. Aufl. 1997, 20/116 e ff.

21 *NK-Schild* Vor § 25 Rn. 226.

22 *Roxin* AT/2, 25/241, *Knauer* (Fn 6), 146.

23 *Herzberg* (Fn 5), 56.

von anderen verfehlt wird. Da man nicht feststellen kann, welche von den Schützen getroffen und welche gefehlt haben, soll es für die Zurechnung des Erfolges zu jedem von ihnen genügen, dass seine Handlung ex ante geeignet war, den Erfolg zu verursachen. Es soll nun zum allgemeinen Prinzip bei der vorsätzlichen Mittäterschaft gemacht werden, dass eine solche potentielle Kausalität für die Zurechnung des Erfolges an den einzelnen Mittäter ausreicht.²⁴ Sodann soll das Prinzip der potentiellen Kausalität auch auf die neu begründete fahrlässige Mittäterschaft übertragen werden.²⁵ Weiter soll sich die von jedem der Beteiligten verursachte Gefahr im Erfolg realisiert haben.²⁶ Aber was soll das bedeuten, nachdem auf die Kausalität des Einzelbeitrags doch gerade verzichtet worden ist? Eine Gefahr realisiert sich genau dann, wenn die Faktoren, die sie ausmachen, hier also die Sorgfaltspflichtverletzung des einzelnen Beteiligten, kausal für den Erfolg sind.²⁷

Die Begründung der Zurechnung mit der potentiellen Kausalität hat für Fälle wie den zu Anfang wiedergegebenen Fall *rolling stones* die Folge, dass jeder der Steineroller für den Tod des Fischers schon deshalb verantwortlich gemacht werden kann, weil ex ante nicht bekannt war, wessen Stein ihn treffen würde und ex post feststeht, dass einer ihn getroffen hat. Unklar bleibt nur, in wie fern sich auch die Gefahr des anderen Steinwurfs in diesem Erfolg realisiert haben soll. Damit führt die Lehre von der potentiellen Kausalität ex ante in Verbindung mit einer der verschiedenen vorgeschlagenen Bestimmungen der mittäterschaftlichen Gemeinsamkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt zu einer wesentlichen Erweiterung der Strafbarkeit des Fahrlässigkeitsdelikts, aber auch zur Beseitigung anstößiger Beweisschwierigkeiten. Nun spricht es noch nicht gegen eine Lehre, dass sie Beweisschwierigkeiten beseitigt. Sie darf nur nicht damit begründet werden, dass sie es tut. Damit stellt sich die Frage, mit welchem Recht man bei einem Fahrlässigkeitsdelikt, an dem mehrere beteiligt sind, auf den Nachweis der Kausalität des einzelnen Täters verzichtet und sich mit einer potentiellen Kausalität begnügt wenn die Handlungen anderer Beteiligter, die möglicherweise die wahre Ursache des Erfolges darstellen, mit der Handlung des Täters nicht durch einen gemeinsamen Tatplan verbunden sind, der die Herbeiführung des Erfolges zum Ziel hatte. Dies wird vor allem damit begründet, dass durch die potentielle Kausalität das Gremienproblem bei Fahrlässigkeit gelöst werden kann.²⁸

24 *Roxin AT/2, 25/241; Knauer (Fn 6), 149 f.*

25 *Roxin AT/2, 25/242; Knauer (Fn 6), 196 ff.*

26 *Otto FS-Spendel, 282; Knauer (Fn 6), 196; Roxin AT/2, 25/242.*

27 *Puppe NK Vor § 13 Rn. 189, 2. Aufl. 1998; dies. ZStW 99 (1987), 595 (599 f.); dies. Jura 1997, 408 (513 ff.).*

28 *Roxin AT/2, 25/241; Knauer (Fn 6), 133, aber auch die anderen Verfechter der fahrlässigen Mittäterschaft gehen von dieser Fallkonstellation aus und behandeln andere nur als Konsequenz der damit gerechtfertigten fahrlässigen Mittäterschaft, Weißer (Fn 8) S. 168 ff, Kamm (Fn 8) S. 162 ff., Schaal (Fn 8) S. 242 ff.*

Die Lehre von der potentiellen Kausalität ist, sofern man sie akzeptiert, dazu auch geeignet. Jedes Mitglied des Gremiums weiß vor der geheimen Abstimmung, dass seine Stimme möglicherweise zur Herbeiführung der erforderlichen Stimmenmehrheit notwendig ist, möglicherweise aber auch nicht, falls die anderen im gleichen Sinne abgegebenen Stimmen dafür schon ausreichen. Er weiß also, dass seine Stimmabgabe im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel möglicherweise kausal für den Erfolg ist, möglicherweise auch nicht. In diesem Fall leuchtet das Ergebnis ein, aber in diesem Fall ist die Kausalität jeder einzelnen Stimmabgabe für den Beschluss ohne weiteres darzutun, und zwar mit hundertprozentiger Gewissheit, auch wenn mehr Stimmen für den Beschluss abgegeben wurden als erforderlich. Es ist also entgegen der Auffassung der Anhänger der Lehre von der potentiellen Kausalität und der fahrlässigen Mittäterschaft nicht erforderlich all diese strafbarkeitserweiternden Schritte mit ihren unabsehbaren Folgen und Folgeproblemen zu gehen, nur um die Verantwortlichkeit des für einen rechtswidrigen Beschluss stimmenden Gremiumsmitglieds auch für diesen Fall zu begründen.

Die Lösung des Gremienproblems auf der Ebene der Kausalität

Es handelt sich nämlich um einen Fall der Mehrfachkausalität (manchmal auch kumulative Kausalität oder alternative Kausalität genannt), der sich dadurch auszeichnet, dass eine der für den tatsächlich geschehenen Kausalverlauf zum Erfolg notwendigen Bedingungen mehrfach erfüllt ist. In solch einem Fall versagt die Formel von der notwendigen Bedingung und beweist dadurch, dass sie das Bedingungsverhältnis zwischen Einzelursache und Erfolg, das wir Kausalität nennen, logisch falsch bestimmt.²⁹ Ist nämlich ein bestimmter Kausalfaktor mehrfach vorhanden, so kann man einen von ihnen hinweg denken, ohne dass der Erfolg entfällt. Mit jedem anderen der mehrfach vertretenen Kausalfaktoren kann man ebenso verfahren, was die logische Konsequenz hat, dass keiner von den Beteiligten, der einen dieser Faktoren gesetzt hat, nach der *conditio sine qua non*-Formel kausal für den Erfolg ist. Da dies offensichtlich nicht richtig ist, ist die *conditio sine qua non*-Formel logisch falsch.

Dieser Fehler kann auf einfache Weise korrigiert werden. Die Handlung, die auf Kausalität hin zu überprüfen ist, ist nicht aus der Welt hinweg zu denken, um dann zu fragen, was ohne sie geschehen wäre, worüber man ohne Kenntnis des wirklichen Kausalverlaufs und der diesen regierenden Gesetze auch keine begründeten Aussagen machen kann, es ist vielmehr umgekehrt zu verfahren. Zunächst ist der Kausalverlauf nach allgemeinen Gesetzen und Erfahrungssätzen zu rekonstruieren. Kommt in diesem Kausalverlauf ein

²⁹ *Puppe* NK Vor § 13, Rn. 96; *dies.* AT/1, 2/68 ff.; *dies.* ZStW 92 (1980), 863 (876 ff.).

menschliches Verhalten vor, so ist zu prüfen, ob die kausale Erklärung des Erfolges nach allgemeinen Gesetzen gültig bleibt, wenn man diese Tatsache aus ihr streicht, oder ob sie dann unschlüssig wird.³⁰ Jede kausale Erklärung eines Erfolges gibt wahre Tatsachen an, die dessen Eintritt vorausgehen und für diesen gemäß allgemeiner Sätze (Kausalgesetze, Erfahrungssätze) eine hinreichende Bedingung darstellen. Diese darf aber keine überflüssigen Tatsachen enthalten, sie muss also nach den anwendbaren allgemeinen Gesetzen und Erfahrungsregeln eine Mindestbedingung für den Eintritt des Erfolges sein.³¹ Denn dadurch wird verhindert, dass die mehrfach vertretenen Ursachen in der hinreichenden Bedingung auch mehrfach auftauchen. Geschieht dies, so tritt der gleiche Fehler auf, wie bei der Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Die einzelne mehrfach vertretene Ursache erscheint deshalb als überflüssig und daher als Nicht-Ursache, weil sie durch die andere ersetzt wird.³² Um die Kausalität der mehrfach vertretenen Ursachen aufzeigen zu können, sind also mehrere hinreichende Erfolgsbedingungen zu formulieren, in denen je nur eine dieser mehrfach vertretenen Ursachen vorkommt. Naturgemäß werden diese hinreichenden Bedingungen nicht vollständig verschieden sein, sondern zahlreiche gemeinsame Elemente enthalten, beispielsweise den Aufenthaltsort des Opfers zur Zeit des Erfolgesintritts. Daraus ergeben sich keinerlei Probleme. Keine Probleme ergeben sich auch daraus, dass die mehrfach vertretenen Kausalfaktoren selbst sich teilweise decken. Dies ist bei der Gremiumsentscheidung die mit einer größeren Mehrheit getroffen wird, als erforderlich, der Fall. Ein Gremiumsmitglied allein kann die Entscheidung nicht herbeiführen, es kann sie aber zusammen mit so vielen anderen gleichen Stimmen herbeiführen, als nach der Verfassung des Gremiums für einen Beschluss erforderlich sind.

Danach lässt sich die Kausalität jedes einzelnen Gremiumsmitglieds für das Zustandekommen eines Beschlusses, für den es gestimmt hat, wie folgt dartun: Ich bilde eine Mindestbedingung für das Zustandekommen des Beschlusses in der neben anderen Tatsachen auch die Abstimmung vorkommt, die Ja-Stimme des betreffenden Gremiumsmitglieds so wie die Angabe von so vielen weiteren Ja-Stimmen, wie mindestens für das Zustandekommen des Beschlusses erforderlich sind. Gibt es noch mehr Ja-Stimmen, als für das Zustandekommen des Beschlusses mindestens erforderlich, so darf ich diese nicht erwähnen, da ich sonst keine Mindestbedingung formuliere. Aus dieser Mindestbedingung kann nun die Stimme des einzelnen Gremiumsmitglieds nicht mehr gestrichen werden, ohne dass sie unschlüssig wird, wenn man will, sie kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiel.

30 *Puppe* NK Vor § 13, Rn. 97; *dies.* ZStW 92 (1980), 863 (876 ff.); *dies.* ZStW 99 (1987), 595 (599).

31 *Puppe* NK Vor § 13, Rn. 96 a; *dies.* ZStW 92 (1980), 863 (875, 878).

32 *Puppe* NK Vor § 13, Rn. 96; *dies.* ZStW 92 (1980), 863 (876 ff.).

Ebenso verfare ich mit jedem anderen Gremiumsmitglied. Dass die auf diese Weise zustande kommenden Mindestbedingungen des Beschlusses teilweise identische Stimmabgaben enthalten, weil eine Mehrheit anders nicht zustande kommen kann, schadet dabei gar nichts. Habe ich beispielsweise ein Gremium von fünf Mitgliedern, das mit einfacher Mehrheit beschließt und im konkreten Fall einstimmig beschlossen hat, so fasse ich die Stimme des einzelnen Mitgliedes mit zwei beliebigen anderen zusammen. So erhalte ich die Mindestmehrheit aus drei Stimmen, aus der die Stimme des zu prüfenden Mitgliedes nicht gestrichen werden kann, ohne dass die Mehrheit entfiere. Dass die beiden verbleibenden Gremiumsmitglieder ebenfalls mit Ja gestimmt haben, muss ich dabei nicht nur nicht erwähnen, ich darf es nicht erwähnen.³³

Die Auseinandersetzung der Verfechter der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft mit der Kausalitätslösung des Gremienproblems

Es ist nun von großem Interesse, was die Verfechter der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt sowie der fahrlässigen Mittäterschaft zu dieser Lösung des Gremienproblems zu sagen haben. Sind sie doch unter der Prämisse angetreten, dass die Kausalität des einzelnen Gremiumsmitglieds für einen durch überschießende Mehrheit zustande gekommen rechtswidrigen Beschluss nicht vorliegt, und dass eben deshalb bei der Mittäterschaft auf die drei oben genannten Erfordernisse verzichtet werden muss, auf die Kausalität jedes einzelnen Mittäters, auf einen vor oder bei Tatbeginn gefassten Tatplan, der die Verwirklichung des Tatbestandes zum Inhalt hat, und schließlich auf den Vorsatz, mit der Konsequenz, dass eine fahrlässige Mittäterschaft eingeführt werden muss, die in bestimmten Fällen gemeinsamen Handelns auch bei der Fahrlässigkeit zum Verzicht auf die Kausalität des Einzelnen für den Unrechtserfolg führt.

Kamm findet, dass die Auseinandersetzung mit den Lösungen des Gremienproblems auf der Ebene der Kausalität den Rahmen ihrer Arbeit sprengen würde.³⁴ Deswegen glaubt sie erst eine kausalitätsersetzende und eine fahrlässige Mittäterschaft einführen zu müssen, um bei der Feststellung der Verantwortlichkeit des Einzelnen mehrfachvertretene Ursachen weglassen zu dürfen.³⁵ *Weißer* bejaht die Kausalität der einzelnen Stimmabgabe nach der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung und lässt die Zurechnung am Vermeidbarkeitserfordernis scheitern, weil das Gremiumsmitglied allein durch die gebotene Stimmabgabe den Beschluss nicht hätte verhindern können.³⁶ Eine Befassung mit der oben dargestellten Lösung hält sie für überflüssig,

33 *Puppe* JR 1992, 30 (32); *dies.* AT/1, 2/69; NK-Schild § 25 Rn. 229.

34 *Kamm* (Fn 8), 171.

35 *Kamm* (Fn 8), 202 f.

36 *Weißer* (Fn 1), 116, 122 f.

weil sie sich mit der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung decke.³⁷ Deshalb merkt sie nicht, dass die Vermeidbarkeitstheorie in ihrer üblichen Formulierung genau an den gleichen logischen Mängeln leidet, wie die *conditio-sine-qua-non*-Formel.³⁸ Ist nämlich die vom Täter gesetzte Ursache mehrfach im Kausalverlauf vertreten, so kann er sich nach der Vermeidbarkeitstheorie damit entlasten, dass er den Erfolg auch dann nicht vermieden hätte, wenn er so abgestimmt hätte, wie es rechtlich geboten war, weil dann die verbleibenden Ja-Stimmen zur Herbeiführung des rechtswidrigen Beschlusses auch noch gereicht hätten. In gleicher Weise kann sich jedes andere Gremiumsmitglied auf die Unvermeidbarkeit berufen.

Knauer hat die hier vorgeschlagene Lösung des Gremienproblems mit Hilfe einer logischen Bestimmung des Bedingungsverhältnisses zwischen Einzelursache und Erfolgseintritt, die von der *conditio-sine-qua-non*-Formel abweicht, wie er selbst es durchaus treffend nennt, »vehement kritisiert.«³⁹ Er schreibt dazu: »Wenn nämlich bei einem einstimmigen Beschluss der vier Geschäftsführer immer nur die hinreichenden Ursachenkomplexe einer notwendigen Mehrheit untersucht werden und konstatiert wird, die anderen Stimmen dürfe man dann eben nicht berücksichtigen, so schließt man damit das Problem der überschießenden Stimmen einfach aus. Der Grund dafür dürfte das intuitive Eingeständnis sein, das man anderenfalls auch nicht weiter kommt, als bei Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel. Man setzt einfach voraus, dass jede Einzelursache kausal war. Warum aber gerade diese Ursachenkomplexe betrachtet werden und keine anderen, bleibt im Dunkeln. Im übrigen verfährt *Puppe* hier ganz ähnlich, wie die von ihr geradezu verspottete Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt, wenn deren Vertreter Teile des Ursachenverlaufs in die Erfolgsbeschreibung mit aufnehmen: Sie erklärt Bestandteile des Einzelbedingungsbandels einfach für relevant, während sie andere für der Prüfung entzogen ansieht.«⁴⁰ *Knauer* hat die Lehre von der hinreichenden Mindestbedingung offenbar nicht verstanden. Dagegen verstehe ich nicht, was eine regelgeleitete und theoretisch begründete Außerachtlassung überzähliger Ursachen mit einer theorielosen Einbeziehung beliebiger Sachverhalte durch wahlloses Draufloskonkretisieren gemeinsam haben soll. Entkleidet man die Kritik *Knauers* ihrer Vehemenz, so bleibt als Sachaussage etwa dies übrig: Weil man mit der *conditio-sine-qua-non*-Formel bei Mehrfachkausalität nicht weiter kommt, bestimmt *Puppe* den logischen Bedingungs Zusammenhang zwischen Einzelursache und Erfolg anders, und zwar so, dass man damit auch bei Mehrfachkausalität weiter-

³⁷ *Weißer* (Fn 1), 118 f.

³⁸ *Puppe* ZStW 99 (1987), 595 (599); *dies.* NK Vor § 13, Rn.185 ; *dies.* AT/1, 3/3, 3/20 ff.; *dies.* FS Roxin, 287 (290 ff.).

³⁹ *Knauer* (Fn 6), 197.

⁴⁰ *Knauer* (Fn 6), 121 f.

kommt. Diese Aussage ist richtig. *Knauers* Lehrer, *Roxin*, hat die Vehemenz der Kritik offenbar überzeugt. Während er früher die oben dargestellte Lösung des Gremienproblems als richtig akzeptiert hat,⁴¹ kommentiert er nun meine Ablehnung der Kausalität ersetzenden Mittäterschaft wie folgt: »Scharf dagegen allerdings Puppe (...) »Dieses Problem muss auf der Ebene der Kausalität gelöst werden, nicht auf der der Mittäterschaft (...)« Es fragt sich nur wie!⁴²

Auch *Dencker* meint, die Lehre von der Mindestbedingung laufe über den Umweg der Aufstellung eines allgemeinen Gesetzes auf nichts anderes hinaus als die Lehre vom Erfolg und vom Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt. Aber er gibt immerhin eine Begründung für dieses Urteil. Sie besteht darin, dass die gesetzmäßige Mindestbedingung nicht abstrakt für alle möglichen Fälle bestimmt werden kann, sondern je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles verschieden sein kann. Wie sollte das auch anders sein. Natürlich hängt, um das Beispiel von *Dencker* aufzugreifen die tödliche Mindestdosis von Strychnin von Eigenschaften des »konkreten« Opfers ab, z.B. seinem Alter, seiner Größe, seiner Konstitution usw.⁴³ Trotzdem ist es möglich für jeden Fall eine Mindestdosis anzugeben. *Dencker* schüttet das Kind mit dem Bade aus, wenn er daraus die Konsequenz zieht, die Mindestbedingung müsse alle Einzelheiten des konkreten Falles enthalten, inklusive der mehrfach vertretenen Ursache,⁴⁴ sie sei also bloß eine »leicht unvollkommene« Fallschilderung.⁴⁵

Der Einzige unter den Verfechtern der kausalität ersetzenden und der fahrlässigen Mittäterschaft, der sich intensiv mit der Lösung des Problems der überbedingten Gremienentscheidung auf der Ebene der Kausalität beschäftigt, ist *Schaal*. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die oben geschilderte Definition der Einzelursache logisch richtig ist. Wenn auf diesem Wege Kausalität ermittelt werden kann, stehe sie fest.⁴⁶ Daraus müsste er eigentlich die Konsequenz ziehen, dass jedenfalls das Gremienproblem auf der Ebene der Kausalität gelöst ist, also keine Rechtfertigung für die Einführung einer kausalität ersetzenden und einer fahrlässigen Mittäterschaft hergibt.

Er müsste außerdem die Konsequenz ziehen, dass die *conditio-sine-quanon*-Formel falsch ist und deshalb aufgegeben werden muss. Beides tut er nicht. Er bleibt vielmehr dabei, »dass die *conditio-sine-quanon*-Formel das maßgebliche Instrument zur Kausalitätsfeststellung im Strafrecht darstellt

41 *Roxin AT/1*, 3. Aufl. 1997, 11/18.

42 *Roxin AT/2*, 25/213 Fn 285.

43 *Dencker* (Fn 1), 113 f..

44 *Dencker* (Fn 1), 114.

45 *Dencker* (Fn 1), 113; kritisch dagegen *Osnabrügge* Die Beihilfe und ihr Erfolg (2002), 85 ff.; *Sofos* Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen (1999), 116.

46 *Schaal* (Fn 8), 88.

und von der Rechtsprechung zu Recht nicht aufgegeben wird.«⁴⁷ Dass diese Formel logisch falsch ist, ist für *Schaal* kein Einwand gegen sie, weil sie »durchaus eigenständige Bedeutung hat und auf ihre Verwendung daher nicht verzichtet werden kann.«⁴⁸ Diese eigenständige Bedeutung der Formel von der notwendigen Bedingung soll darin bestehen, dass man mit ihrer Hilfe durch eine »Gesamtbetrachtung im Einzelfall«⁴⁹ zur Kausalität gelangt, indem man eben feststellt, dass die Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele. *Schaal* gibt zwar zu, dass auch dieses Urteil auf allgemeinen Gesetzen beruht, sieht aber einen großen Vorzug der *conditio-sine-qua-non*-Formel gegenüber der Lehre von der gesetzmäßigen Mindestbedingung darin, dass man diese Gesetze eben nicht anzugeben braucht. Das ermöglicht nach *Schaal* auch einen indirekten Beweis der Kausalität dadurch, dass man nach anderen Ursachen sucht und keine findet.⁵⁰ Dann wird der Beweis der Kausalität eben wie folgt geführt. Da eine gewisse Vermutung dafür besteht, dass die Handlung des Täters kausal für den Erfolg war und keine andere kausale Erklärung für seinen Eintritt gefunden werden konnte, kann nach einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalles die Handlung nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiele.

Wenn man einen solchen Kausalitätsbeweis für ausreichend hält, kann man mit der Lehre von der hinreichenden Bedingung genauso verfahren. Kann man kein Kausalgesetz bzw. keinen allgemeinen Erfahrungssatz namhaft machen, der eine hinreichende Bedingung für den Erfolg angibt, so begründet man die Kausalität wie folgt: Es besteht eine gewisse Vermutung dafür, dass die Handlung des Täters kausal für den Erfolg war. Da keine andere hinreichende Bedingung für seinen Eintritt gefunden worden ist, wird es wohl eine solche geben, aus der die Handlung des Täters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele. Hier kommt allerdings viel deutlicher als in der Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel zum Ausdruck, dass eine positive Feststellung der Kausalität nicht erfolgt. Soll man das als einen Vorzug der *conditio-sine-qua-non*-Formel beurteilen? *Schaal* jedenfalls will um dieses Vorteils jener logisch falschen Formel willen nicht nur die logische Fehlerhaftigkeit der Formel, sondern alle oben dargestellten Konsequenzen dieser Fehlerhaftigkeit für die überbedingte Gremienentscheidung in Kauf nehmen. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist die Kausalität der Stimmabgabe des einzelnen Gremiumsmitglieds bei überschießender Mehrheit nicht zu bejahen, deshalb muss Mittäterschaft der Gremiumsmitglieder angenommen werden, auch wenn keine vorherige Tatverabredung stattgefunden hat und deshalb muss bei Mittäterschaft auf die

47 *Schaal* (Fn 8), 91.

48 *Schaal* (Fn 8), 91.

49 *Schaal* (Fn 8), 62, 89.

50 *Schaal* (Fn 8), 81.

Kausalität des einzelnen Tatbeitrags verzichtet werden und es muss schließlich, um das Problem auch bei fahrlässigem Handeln der Gremiumsmitglieder lösen zu können, eine fahrlässige Mittäterschaft eingeführt werden, bei der ebenfalls auf die Kausalität des einzelnen Tatbeitrags verzichtet wird.

Die Akzeptanz einer Theorie in der heutigen Strafrechtswissenschaft hängt eben nicht so sehr davon ab, dass sie richtig, sondern dass sie geistig bequem ist. Die *conditio-sine-qua-non*-Theorie verdankt ihre fortdauernde Anerkennung seit 70 Jahren, nämlich seit ihrer allgemein bekannten und schlagenden Widerlegung durch *Engisch*,⁵¹ nicht ihrer Richtigkeit, sondern ihrer Bequemlichkeit.⁵² *Roxin* hat mir für sein Votum gegen die Lösung des Gremienproblems auf der Ebene der Kausalität die folgende Erklärung gegeben (ich zitiere mit seiner Erlaubnis): »Ich will nicht bestreiten, dass man vor allem bei den Kollegialentscheidungen auch eine Kausalität begründen kann. Aber die Begründung ist schwierig, während der Weg über die Mittäterschaft, wenn er denn gangbar ist, leicht ist.«⁵³ Aber ist es in der praktischen Anwendung wirklich leichter eine völlig neue Rechtsfigur der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft mit einer Fülle ungelöster und streitiger Begriffsbestimmungsprobleme und vor allem mit unabsehbar strafbarkeitsausdehnenden Konsequenzen einzuführen als die bereits vorliegende Lösung einer allenfalls mittelschweren Denksportaufgabe nachzuvollziehen? *Roxin* selbst hat sie ja auch längst nachvollzogen.⁵⁴ Er traut dies wohl nur dem Richter nicht zu. Notfalls genügt es doch auch, wenn der Wissenschaftler sie nachvollzieht und dann dem Amtsrichter erklärt, man könne wissenschaftlich beweisen, dass jeder der seine Stimme für einen rechtswidrigen Beschluss abgegeben hat für diesen kausal und damit verantwortlich ist, auch wenn der Beschluss mit einer überschießender Mehrheit gefasst worden ist.

Die Unterlassung eines gebotenen Gremiumsbeschlusses

Schaal stützt seine Ablehnung der Lehre von der Mindestbedingung auch noch auf ein zweites Bein. Er meint, dass diese Lehre bei der Unterlassung versage. Einen Fall von gleichzeitigem Unterlassen von Gremiumsmitglie-

51 *Engisch* »Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände« (1931), 13 ff.

52 *Arzt* § 9 II 1; *Baumann/Weber/Mitsch* AT, 10. Aufl. 1995, 14/8; *Freund* AT 2/69; *Gropp* AT (1997) 5/17; *Kühl* AT 4/9; *Maurach/Zipf* AT 1, 8. Aufl. 1992, 18/17; *Wessels/Beulke* Rn. 159; *Hilgendorf* JZ 1997, 611; *Joecks*, 3. Aufl. 2001, Vor § 13 ff. Rn. 23, 35; *MüKo-Freund* Vor § 13 ff., Rn. 306, 1. Aufl. 2003, 320 ff..

53 Aber auch *Roxin* hält das Gremienproblem für dasjenige, bei dem das »praktische Bedürfnis« nach einer fahrlässigen Mittäterschaft »mit besonderer Dringlichkeit« hervortritt (AT/2, 25/241).

54 *Roxin* AT/1, 11/18.

dern ohne gegenseitige Absprache hatte der *BGH* unlängst zu entscheiden.⁵⁵ Die Angeklagten waren Mitglieder des Politbüros der SED, die erst nach Einführung des Grenzregimes ihre Ämter übernommen hatten. Die Anklage warf ihnen vor, entgegen einer bestehenden Garantienpflicht es pflichtwidrig unterlassen zu haben, eine Sitzung des Politbüros zur Abschaffung des Schießbefehls und anderer Maßnahmen an der Grenze einzuberufen und dort für diese Abschaffung zu kämpfen und zu stimmen. Durch dieses Unterlassen hätten sie den Tod mehrerer Flüchtlinge verursacht, die während ihrer Amtszeit an der Grenze erschossen wurden.

Nach *Schaal* versagt in dieser Situation die Formel von der hinreichenden Bedingung genauso wie die *conditio-sine-qua-non*-Formel deshalb, weil nicht feststeht, dass sich eine hinreichende Zahl von Gremiumsmitgliedern von dem Antragssteller hätte überzeugen lassen. Denn auch nach der Lehre von der hinreichenden Bedingung sei nicht zu fragen, ob das Unterlassen des Täters der notwendige Bestandteil einer hinreichenden Bedingung dafür war, dass das Grenzregime bestehen blieb, sondern danach, ob das Grenzregime aufgehoben worden wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte.⁵⁶ Danach würde die Lehre von der hinreichenden Bedingung bei kumulativem Unterlassen aus genau den gleichen Gründen scheitern, wie die umgekehrte *conditio-sine-qua-non*-Formel. Da kann doch etwas nicht stimmen.

Der Fehler in der Widerlegung von *Schaal* besteht darin, dass er überhaupt etwas umkehrt, und einen hypothetischen Fall prüft, statt den wirklichen. Das entspricht der *conditio-sine-qua-non*-Formel, aber nicht der Lehre von der hinreichenden Bedingung. Die einzige Frage, von der nach der Lehre von der hinreichenden Mindestbedingung die Kausalität eines Unterlassens abhängt, ist die, ob die Tatsache, dass der Täter unterlassen hat, in Verbindung mit anderen Tatsachen eine hinreichende Bedingung dafür darstellt, dass der Erfolg nicht verhindert wird. Daraus ergibt sich die Lösung ganz entsprechend wie im Fall des positiven Tuns wie folgt: Das Unterlassen des jeweiligen Angeklagten ist in Verbindung mit so vielen weiteren Unterlassungen zusammenzufassen, als hinreichend dafür sind, dass das Grenzregime bestehen bleibt. Da alle diese Unterlassungen wahr sind, ist diese hinreichende Bedingung geeignet zu erklären, warum weitere Flüchtlinge gemäß dem Grenzregime erschossen wurden. Innerhalb dieser hinreichenden Bedingung ist die Unterlassung des jeweiligen Angeklagten ein notwendiger Bestandteil. Damit ist sie kausal. Dass noch mehr Mitglieder des Politbüros untätig geblieben sind und möglicherweise die Aufhebung des Grenzregimes abgelehnt hätten, als für deren Unterbleiben notwendig war, ist auch hier kein Problem der Kausalität, sondern allenfalls eines der Garantienpflicht. Es fragt

55 BGHSt 48, 77 ff. = NJW 2003, 522 = NJ 2003, 97 = NStZ 2003, 141 = StraFo 2003, 135 = JZ 2003, 575 m. Anm. *Ranft*.

56 Vgl. *Schaal* (Fn 8), 122 f.

sich, ob der Garant auch dann handeln muss, wenn aufgrund des Verhaltens anderer Beteiligter feststeht oder möglich ist, dass der Erfolg aufgrund von hinreichenden Bedingungen eintritt, auf die er keinen Einfluss hat. Aber eine Befreiung von der Garantspflicht mit dieser Begründung kommt nur dann in Betracht, wenn eine solche vom Täterverhalten unabhängige hinreichende Erfolgsbedingung schon vor Eintritt der Handlungspflicht sicher feststeht.⁵⁷ Im vorliegenden Fall stand dies nicht fest, deshalb hatte es einen guten Sinn, jeden einzelnen Garant zu verpflichten, wenigstens den Versuch zu machen, eine Aufhebung des Grenzregimes durch Beschluss des Politbüros herbeizuführen.

Nicht die Kausalitätsbestimmung nach der Lehre von der Mindestbedingung versagt im Fall des reinen Unterlassens, sondern die kausalitätsersetzende Mittäterschaft. Denn hier fehlt es an einem noch so rudimentären gemeinsamen Tatplan und auch an einem gemeinsamen Handlungsprojekt. Alle Mitglieder des Gremiums können ganz unabhängig voneinander unterlassen. Sollen sie für das Unterlassen der anderen nur deshalb wie für das eigenen verantwortlich sein, weil sie es sich gewünscht haben?⁵⁸ Worauf soll die fahrlässige Mittäterschaft beruhen, wenn das angeklagte Politbüromitglied gar nicht daran gedacht hat, zur Abschaffung des Grenzregimes tätig zu werden und deshalb auch keine Wünsche zum Verhalten der anderen entwickelt hat? Oder soll nun die Mittäterschaft und die Verantwortung aller für die Todesschüsse an der Grenze abgelehnt werden? Der *BGH* hat denn auch im vorliegenden Fall die Verantwortung der Politbüromitglieder für die Todesschüsse nicht mehr mit einer Mittäterschaft begründet und damit seine Auffassung im *Lederspray-Fall* teilweise widerrufen.⁵⁹ Es ist dringend zu hoffen, dass es dabei bleibt.

Dennoch hat allerdings der *BGH* wie im *Lederspray-Fall* auch im Politbüro-Fall die Kausalität der Gremiumsmitglieder nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel begründet und zwar dadurch, dass er alle ihre Tatbeiträge zu einem Kausalfaktor zusammenfasst, der dann nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen. Dass dies methodisch nicht in Ordnung ist, ist klar. Wenn man keine Begründung dafür angibt, dass das Verhalten mehrerer Personen zuerst zusammengefasst wird, um es dann insgesamt auf Kausalität hin zu prüfen, so ist es theoretisch möglich, jedes beliebige Verhalten als kausal für jeden beliebigen Erfolg darzutun, indem man es mit

57 *NK-Puppe* Vor § 13 Rn. 110.

58 *Ranft JZ* 2003, 582 (584) konstruiert eine Art Quasi – Mittäterschaft, die er wie folgt begründet: Zur Zurechnung »ist kein gemeinsamer Tatentschluss, sondern ein gemeinsamer Unterlassungsentschluss erforderlich. Und da es sich um ein Unterlassen handelt, ist auch keine ausdrückliche Verabredung durch positives Tun erforderlich, sondern es reicht aus, dass ein stillschweigendes Einverständnis besteht.«

59 *BGHSt* 48, 77 (92).

einem anderen Verhalten zusammenfasst, das tatsächlich kausal für den Erfolg ist.⁶⁰ Wie das Problem zu lösen ist, wurde oben gezeigt. Aber die theoretisch mangelhafte Begründung der Kausalität, die der *BGH* nun gibt, ist der Annahme einer kausalitätsersetzenden Mittäterschaft ohne gemeinsamen Tatplan und womöglich ohne Vorsatz mit all ihren unabsehbaren strafbarkeitsausdehnenden Konsequenzen dennoch vorzuziehen.

Praktische Konsequenzen einer fahrlässigen kausalitätsersetzenden Mittäterschaft

Das Problem der überbedingten Gremiumsentscheidung ist weder geeignet, die Notwendigkeit einer kausalitätsersetzenden oder gar einer fahrlässigen Mittäterschaft zu begründen, noch die Unbedenklichkeit der Einführung dieser neuen Rechtsinstitute zu demonstrieren, weil es mit Hilfe einer korrekten Handhabung des Begriffs der Ursache ohne solche revolutionären Veränderungen im Strafrechtssystem lösbar ist. Kein Gremiumsmitglied kann sich von den Folgen seines Stimmverhaltens dadurch freizeichnen, dass es auf das Fehlverhalten seines Kollegen verweist. Die Verfechter einer kausalitätsersetzenden und einer fahrlässigen Mittäterschaft wollen das nicht wahr haben, weil ihnen diese Erkenntnis den Paradefall nimmt, anhand dessen sie nicht nur die Notwendigkeit, sondern auch die völlig Unbedenklichkeit und Harmlosigkeit der Einführung einer kausalitätsersetzenden Mittäterschaft dartun zu können glauben. Denn das Ergebnis, dass jeder, der sich entscheidungskonform verhalten hat, für die Entscheidung mitverantwortlich ist, ist ja unbestritten.

Auch im klassischen Balkenbeispiel, mit dem, wenn schon nicht die Notwendigkeit, so doch die Möglichkeit der Bildung eines Begriffes der fahrlässigen Mittäterschaft demonstriert wird, hätte die Begriffsbildung nur terminologische Konsequenzen und wäre deshalb überflüssig. Die Beteiligten A und B werfen mit vereinten Kräften einen Balken aus einem Dachfenster, der, ohne dass sie dies bedacht hätten, einen Passanten trifft und verletzt.⁶¹ In diesem Fall steht die Kausalität jedes der beiden Balkenheber für die Verletzung des Passanten fest, auch dann, wenn einer allein die Kraft gehabt hätte, den Balken aus dem Fenster zu stemmen. Dieses wäre zwar eine hinreichende Erfolgsbedingung, sie hat aber den Fehler, nicht wahr zu sein. Tatsächlich hat keiner der Beteiligten die für das Heben des Balkens erforderliche Kraft allein aufgewendet. Das Beispiel liefert lediglich einen neuen Beweis für die Fehlerhaftigkeit der *conditio-sine-qua-non*-Formel, die nach einem fiktiven Kausalverlauf fragt, statt nach dem wirklichen.

60 Vgl. *NK-Puppe* Vor § 13 Rn. 96; *dies.* JR 1992, 30 (32); *dies.* AT/1 2/66.

61 Dazu schon *Exner* FG Frank Band I (1930), 569 (572); *Frank* StGB (1931) § 47 III.

Um uns die einschneidenden Konsequenzen der Einführung einer fahrlässigen kausalitätsersetzenden Mittäterschaft klarzumachen, müssen wir uns an ein Beispiel halten, in dem feststeht, dass einer der Beteiligten für den Erfolg nicht durch sein Handeln kausal geworden ist, im Übrigen aber alle Voraussetzungen erfüllt, die die verschiedenen Verfechter der fahrlässigen Mittäterschaft für diese aufstellen. Diese Bedingungen erfüllt der berühmte Drei-Radfahrer-Fall des Reichsgerichtes.⁶² Die beiden Radfahrer A und B fahren bei Dunkelheit ohne Licht auf einem Feldweg von X nach Y. Dieser wird von einer Straße gekreuzt, die der Radfahrer C ebenfalls ohne Licht befährt. Er kollidiert mit dem vorne fahrenden A. B ist durch sein Verhalten für diesen Unfall nicht kausal geworden, obwohl er ihn verhindert hätte, wenn wenigstens er sein Licht eingeschaltet hätte, weil er dann den A von hinten beleuchtet hätte. Denn diese Tatsache ändert nichts daran, dass er durch sein Fahren hinter dem A den Unfall nicht verursacht hat. Die Verpflichtung, sein Licht einzuschalten, ist durch das eigene Fahren bedingt. Die Sorgfaltspflichtverletzung des B bestand also nicht darin, nicht sein Licht eingeschaltet zu haben, sondern darin, mit seinem Rad in der Dunkelheit gefahren zu sein und dabei nicht sein Licht eingeschaltet zu haben. Seine Sorgfaltspflichtverletzung wäre also nur dann kausal für den Unfall gewesen, wenn auch sein Fahren dafür ursächlich geworden wäre.⁶³ Intuitiv hat das damals der Staatsanwalt beim Reichsgericht erkannt, indem er argumentierte, man könne sich ja den gesamten zweiten Radfahrer hinweg denken, ohne dass der Erfolg entfiel.⁶⁴ Als Einzeltäter kann B also für den Zusammenstoß von A und C nicht verantwortlich gemacht werden.

Zusammenfassung

Es hat sich herausgestellt, dass die Fälle, mit denen die Notwendigkeit der Einführung einer fahrlässigen kausalitätsersetzenden Mittäterschaft demonstriert wird vor allem der Fall der überbedingten Gremiumsentscheidung, nicht dazu geeignet sind, weil sich in diesen Fällen die unbestrittene Verantwortlichkeit der Beteiligten durch eine korrekte Handhabung des Kausalitätsbegriffs unzweifelhaft dartun lässt. Mit denjenigen Konstellationen, in denen die Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft wirklich praktische Konsequenzen hätte, weil der präsumtive Mittäter wirklich nicht kausal für den Erfolg war, befassen sich deren Verfechter nur am Rande. Die unabsehbaren Konsequenzen der Einführung einer fahrlässigen kausalitätsersetzenden Mittäterschaft für die vorsätzliche Mittäterschaft, für das Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, für eine etwa anzunehmende fahrlässige Anstiftung oder Beihilfe werden noch weniger bedacht. Es ist nach alledem zu begrüßen,

62 RGSt 63, 392 ff.

63 *Puppe* AT/1, 1. Auflage 2002, 3/13.

64 RGSt 63, 392 (393).

dass der *BGH* neuerdings davor zurückgeschreckt ist, das Problem der überbedingten Gremiumsentscheidung mit Hilfe der Rechtsfigur einer kausaltätersetzenden Mittäterschaft zu lösen und dass er dem Gedanken an eine fahrlässige Mittäterschaft nicht näher getreten ist.

Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*

(ZStW 103 (1991), 1–42)

Quorum sententiam juri ac veritati magis consentaneam esse arbitror, eo quod percussiens gladio animo solum vulnerandi, aequè in dolo est, & quia scit, aut saltem scire debebat, certo & destinato modo vulnus, praesertim gladio vel simili instrumento, ad homicidium perpetrandum apto, dari non posse, in effectu negari nequit, quin talis habeat animum occidendi, ut cujus voluntas fertur in percussione, & in omne id, quod ex percussione dolosa immediate contingit.

Benedict Carpzov,
Practica nova imperialis Saxonica rerum
criminalium 1635, questio I Nr. 28,
Ausgabe 1645

Die zwei Elemente des Vorsatzbegriffs

In neuerer Zeit besteht Streit darum, ob Vorsatz als Wissen und Wollen eines tatbestandlich bestimmten Geschehens zu begreifen ist oder nur als Wissen. Dieser Gegensatz ist aber weniger tief, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Auch diejenigen, die Vorsatz als Wissen verstehen, unterscheiden zwischen dem Wissen im Sinne bloßer Kenntnis (Gegenstandswissen) von Tatsachen oder Voraussicht von Möglichkeiten und einem zweiten Element des Wissens, das eine Art Stellungnahme zu diesen erkannten Sachverhalten ist, die umschrieben wird als Ernstnehmen der Gefahr,¹ Urteilen,

* Übersetzung s.u. Fn. 64.

1 *Rudolphi*, in: SK, StGB, § 16 Rn. 43; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl. 1988, S. 268; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allg. Teil 1, 3. Aufl. 1981, Rn. 308; *Blei*, Strafrecht I, Allg. Teil, 18. Aufl. 1983, S. 115; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1987, S. 83; *Ambrosius*, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966, S. 70; *Roxin*, JuS 1964, 61; *Wessels*, Strafrecht, Allg. Teil, 19. Aufl. 1989, S. 68; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 149; *Philipp*, ZStW 85 (1973), S. 38 Fn. 19; *Volter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 178; *Klipper*, ZStW 100 (1988), S. 766.

dass der Erfolg möglich ist², dies für sich so sehen,³ die Möglichkeit des Erfolges aushalten und nicht verdrängen.⁴ Diese Beurteilung des Sachverhalts durch den Täter ist eine psychologische Tatsache, nicht eine Interpretation seines Verhaltens; diese Tatsache ist begrifflich und empirisch unabhängig vom Inhalt des so beurteilten Wissens. Andererseits verstehen auch die Willenstheorien den Ausdruck »Wollen« nicht im alltagssprachlichen Sinne des zielstrebigem Ins Werksetzens eines Erfolges, sondern ebenfalls im Sinne eines vom Vorgang selbst durchaus distanzierten Urteils des Täters, wenn sie den Willen dahin beschreiben, dass der Täter den Erfolg (billigend) in Kauf nimmt, dass er sich mit dessen Eintritt abfindet und allenfalls vage, aber nicht ernsthaft auf sein Ausbleiben vertraut.⁵ Nach beiden Auffassungen hat also der Vorsatzbegriff zwei durchaus voneinander unabhängige Elemente. Nennen wir das zweite Element, um alle seine vorgeschlagenen Bestimmungen in etwa erfassen zu können, das Einstellungselement des Vorsatzes.

Über den Streit zwischen den Theorien, wie dieses Einstellungselement näher zu beschreiben ist, geraten wichtige Gemeinsamkeiten all dieser Auffassungen aus dem Blick, die durchaus nicht selbstverständlich sind. Zunächst ist man sich darüber einig, dass die objektiven Anforderungen an das Vorsatzdelikt und auch die Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzwissens identisch sind mit den für das Fahrlässigkeitsdelikt geltenden.⁶ Anderes gilt

2 Schröder, FS Sauer, 1949, S. 243; Schmidhäuser, GA 1958, 178; Jakobs, Strafrecht, Allg. Teil, 1983, 8/21 ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1988, S. 94 f.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 166, 309; Morkel, NStZ 1981, 179.

3 Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 192 ff.; Freund, JR 1988, 117; Kindhäuser, ZStW 96 (1984), S. 25; Köhler, Die bewusste Fahrlässigkeit, 1982, S. 292: »Der Begriff des Vorsatzes ist das subjektive konkret-allgemeine Reflexionsurteil des Verletzten in der je objektiven tatbestandswesentlichen Reflexionsallgemeinbedeutung, mithin der Geltungsvollzug für das Selbst des moralischen Subjekts.«

4 Schmidhäuser, GA 1958, 179; ders., Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975, 10/87; ders., JuS 1980, 244 f.; ders., Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, 7/101; vgl. auch von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl. 1921, S. 174: »Vorsatz ist unbedingt gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für sicher hielt (direkter Vorsatz), bedingt dann, wenn er ihn nur für möglich hielt (eventueller Vorsatz); nämlich unter der Voraussetzung, dass der Täter den Eintritt des Erfolges nicht abgelehnt hat, also zu dem (assertorischen) Urteil nicht gelangt ist: der Erfolg wird nicht eintreten.«

5 RGSt 33, 4, 6; 59, 2, 3; 67, 424, 425; 72, 36, 44; 77, 288, 229; BGHSt 7, 363, 369; 19, 101, 105; 21, 283, 285; BGH NJW 1968, 660, 661; JZ 1981, 35; NStZ 1984, 19; StV 1985, 100; Baumann/Weber, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl. 1985, S. 402; Dreher/Tröndle, StGB, 44. Aufl. 1988, § 15 Rn. 11 a; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 7. Aufl. 1987, § 22 Rn. 36.

6 So ausdrücklich Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 115; Frisch (Anm. 3), S. 138 ff.; Jescheck, Allg. Teil, S. 270; Stratenwerth, ZStW 70

nur für die Wahrscheinlichkeitstheorie, die in den letzten Jahrzehnten nicht mehr vertreten worden ist,⁷ aber jüngst von *Herzberg* wieder aufgegriffen wurde.⁸ Stellen wir die Wahrscheinlichkeitstheorie zunächst zurück und machen uns nochmals die eben genannte Gemeinsamkeit der anderen Theorien und deren Bedeutung für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit klar. Es werden für den Vorsatz keinerlei Anforderungen an die Nähe und Größe der Gefahr gestellt. Einerseits genügt die Verursachung einer geringen Gefahr und das Wissen um diese, um Vorsatz zu begründen, wenn der Täter die entsprechende Einstellung zu deren Verwirklichung hat. Andererseits begründet das Wissen um die größte, anschaulichste und unmittelbarste Gefahrverursachung, bis zur Grenze der Gewissheit des Erfolgeintritts, keinen Vorsatz, wenn jenes Einstellungselement fehlt. Es ist also dieses Einstellungselement, das die ganze Last der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit übernimmt.⁹

Dabei wird ein Einfluss dieses Einstellungselements auf die Entscheidung des Täters, die gefährliche Handlung vorzunehmen, nicht verlangt. Das lehrt die literarische Auseinandersetzung mit der sog. ersten *Frankschen* Formel. Die Formel lautet: Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er auch dann gehandelt hätte, wenn er um den Eintritt des Erfolges gewusst hätte. Er handelt fahrlässig, wenn er in diesem Fall die gefährliche Handlung unterlassen hätte.¹⁰ Nicht von ungefähr deckt sich diese Formel ihrer Struktur nach mit der sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel, nach der die Juristen zu Zeiten von *Frank* und größtenteils noch heute überprüfen, ob im Einzelfall eine Tatsache, insbesondere eine Handlung, für einen Erfolg kausal geworden ist, also zu dessen Erklärung etwas beiträgt. Lassen wir die sattsam bekannten Mängel und logischen Fehler dieses Kausalitätsbegriffs zunächst beiseite, so können wir alle vorgeschlagenen Bestimmungen des Einstellungselements nach dieser Formel auf Kausalität für das gefährliche Täterverhalten hin prüfen. Denn die positive Kenntnis des sicheren Erfolgeintritts zwingt den Täter dazu, diesen billigend in Kauf zu nehmen oder hinzunehmen, seinen Eintritt als möglich

(1958), S. 57; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rn. 32; *Zielinski*, in: AK-StGB, 1990, § 15 Rn. 76 f.

7 Aus dem älteren Schrifttum: *Grossmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 37, 53; *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 124; *Büniger*, ZStW 6 (1886), S. 340; *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 49 f.; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht 1926, S. 18 f.; *Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 250; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 177.

8 *Herzberg*, JuS 1986, 249 ff.; vgl. auch *Schroeder*, in: LK, StGB, 10. Aufl. 1978, § 16 Rn. 92; *Schumann*, JZ 1989, 427, 433; *Ross*, Über den Vorsatz, 1979, S. 150 f.

9 BGHSt 36, 1, 11; *Spendel*, FS Lackner, 1987, 182 f.; *Geppert*, Jura 1986, 613.

10 *Frank*, ZStW 10 (1890), S. 169, 217.

zu beurteilen und diese Möglichkeit innerlich auszuhalten. Alle vorgeschlagenen Komplementärbegriffe zum Einstellungselement des Vorsatzes, die die Fahrlässigkeit beschreiben, sind also mit der Gewissheit des Erfolgseintritts unvereinbar. Die Annahme positiver Gewissheit des Erfolgseintritts ist also eine Möglichkeit, die beim Täter etwa vorhandene Fahrlässigkeitseinstellung hinweg zu denken. Ergibt sich dann, dass der Täter nicht gehandelt hätte, so ist nach der üblichen Methode der *conditio-sine-qua-non*-Theorie die Kausalität des Fahrlässigkeitseinstellungselements für den Gefährdungsentschluss des Täters dargetan.

Man hat dieser Formel all das entgegengehalten, was man der *conditio-sine-qua-non*-Theorie hätte entgegengehalten sollen: Sie arbeitet mit einem hypothetischen statt mit dem wirklichen Sachverhalt. Der Täter hat vor der Frage, ob er den Erfolg mit Gewissheit herbeiführen solle, ja nicht gestanden.¹¹ Sie wäre nur dann anwendbar, wenn wir überhaupt einigermaßen gesicherte Aussagen darüber machen könnten, wie der Täter sich in der anderen Situation verhalten hätte. Dazu fehlen uns aber gültige allgemeine und hinreichend bestimmte Gesetze der Psychologie.¹² Aber an diesen logischen und methodischen Einwänden ist die *Franksche* Formel letztlich ebenso wenig gescheitert wie bisher die *conditio-sine-qua-non*-Theorie. Sie ist gescheitert am *Lacmannschen* Schießbuden-Fall.¹³

Der *Lacmannsche* Schießbuden-Fall zeichnet sich dadurch aus, dass ausnahmsweise Tatsachen gegeben sind, die einen plausiblen und gut abgesicherten Schluss darauf zulassen, wie sich der Täter im Fall der Erfolgsgewissheit verhalten hätte, weil der Eintritt des Erfolges nicht in seinem Interesse liegt. Ein Kirmesbesucher wettet mit seinem Begleiter, dass er dem Schießbudenfräulein eine Glaskugel aus der Hand schießen werde. Im Wissen um seine mäßigen Schießkünste denkt er an die Möglichkeit, dass er das Mädchen in die Hand oder in den Arm treffen werde. Er schießt gleichwohl und nimmt sich vor, falls er das Mädchen anschießen sollte, das Gewehr fallen zu lassen und in der Menge unterzutauchen. Hier hat die Hoffnung bestanden, dass der Erfolg sich nicht realisieren werde und der Entschluss zur gefährlichen Handlung war gerade durch diese Hoffnung bedingt und motiviert. Er wäre ohne sie mit Sicherheit nicht gefasst worden. Die Hoffnung erklärt also das Verhalten des Täters. Dennoch ist man sich weitgehend dar-

11 Dies wurde immer wieder gegen die *Franksche* Formel eingewandt: *von Buri*, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, 1894, S. 346; *Thyren*, Über *dolus* und *culpa*, 1896, S. 81 ff., 145 ff.; *Mayer*, Die schuldhafte Handlung, 1901, S. 173 f.; *Lacmann*, ZStW 31 (1911), S. 142, 157 ff.; *ders.*, GA 58 (1911), S. 118 f.; *Binding*, Normen II 1, 1914, S. 396 ff.; vgl. zusammenfassend *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 192 f. mit Fn. 20.

12 Vgl. *Engisch* (Anm. 11), S. 195.

13 *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 119; *ders.*, ZStW 31 (1911), S. 159.

über einig, dass ihm Fahrlässigkeit, also Leichtsinns, nicht zugute zu halten ist,¹⁴ weil er sich in ruhiger Überlegung mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts auseinandergesetzt und dafür gesorgt hat, dass er selbst für diesen Fall jedenfalls keinen Schaden nimmt. Das bedeutet aber, dass auf einen bestimm- baren und nachweisbaren Einfluss des Einstellungselements des Vor- satzes auf das gefährliche Verhalten des Täters verzichtet wird. Dieses Ein- stellungselement ist also nichts weiter als eine neben der Tat herlaufende psychische Stellungnahme zu ihr, die zur Erklärung der Tat selbst nichts beiträgt. Das ist der genaue Sinn des Vorwurfs, die Unterscheidung von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit, wie sie die verschiedenen Versionen der Zwei-Elemente-Theorie vorschlagen, laufe auf die Anwendung von Ge- sinnungsstrafrecht oder gar Charakterstrafrecht hinaus.¹⁵

Nicht von ungefähr passen die verschiedenen Beschreibungen des Einstel- lungselements weit besser auf einen unbeteiligten Beobachter der Szene, der diese auf ihre Möglichkeiten hin beurteilt, Möglichkeiten ernst nimmt, inner- lich aushält oder sich mit ihnen abfindet, als auf den, der das Geschehen handelnd maßgeblich mitgestaltet.¹⁶ Etwas überspitzt ausgedrückt: Sie passen auf den Zuschauer einer Szene, weniger auf den Akteur. Gar nicht anwendbar sind sie auf den Affekttäter, denn sie implizieren, im natürlichen Sinne ver- standen, ruhige Überlegung. Wer im Affekt handelt, urteilt nicht, er nimmt nichts in irgendeinem Sinne billigend in Kauf, er findet sich mit nichts ab. Das ist der Grund dafür, dass die Vorsatzlehren kaum in der Lage sind, das Phänomen des Affekttäters begrifflich zu bewältigen. Dies sind die grund- sätzlichen Einwände, die sich gegen alle Vorsatzbestimmungen richten, die als entscheidendes Kriterium ein Einstellungselement aufweisen. Wenden wir uns nun den verschiedenen vorgeschlagenen Bestimmungen dieses Einstel- lungselements zu, um sie auf ihren Sinngehalt hin zu untersuchen.

Das billigende Inkaufnehmen des Erfolgseintritts

Der Ausdruck »billigen« hat in der Alltagssprache einen klaren und durchaus rationalen Sinn. Wer einen Sachverhalt, sei es ein gegenwärtiger

14 *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 119; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/23; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 271 f.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rn. 40; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 65; *Engisch* (Anm. 11), S. 201 f.; *Philipps*, ZStW 85 (1973), S. 31 f.

15 So gegen die Gleichgültigkeits- bzw. Billigungstheorie: *Rudolphi*, in: SK StGB, § 16 Rn. 39; *Roxin*, JuS 1964, 58; *Schmidhäuser*, GA 1958, 177; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/26; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 269; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 767; *Küper*, GA 1987, 507; *Ziegert* (Anm. 1), S. 103; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 67 f.; *Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 662; auch gegen die lediglich auf das Wissen ab- stellenden Lehren (mit Ausnahme der Wahrscheinlichkeitslehre) *Herzberg*, JuS 1986, 261; *Ross* (Anm. 8), S. 113.

16 Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1958, 168.

oder künftiger, billigt, bringt damit das normative Urteil zum Ausdruck, dass dieser Sachverhalt sein soll. Dieses Urteil ist inhaltlich unabhängig davon, ob er Einfluss auf diesen Sachverhalt hatte oder hat, sich solchen zutraut, diesen Sachverhalt als angenehm und für sich wünschenswert empfindet oder nicht. Das Billigen eines Unrechtssachverhaltes ist also nichts anderes als das konträre Gegenteil des Urteils der Rechtsordnung über diesen Sachverhalt. Die Billigungstheorie hat nie daran gedacht, das Wort in diesem Sinne zu verwenden und den Vorsatz dem Überzeugungstäter vorzubehalten. Sie ist vielmehr ursprünglich davon ausgegangen, »billigen« bedeute ein mehr oder weniger intensives Wünschen des Erfolges für sich selbst ohne normativen Gehalt oder Anspruch.¹⁷ Aber der Große Senat des BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung im sog. Lederriemen-Fall klargestellt, dass das Billigen in einem Sinne zu verstehen ist, der vereinbar ist mit einer eindeutigen emotionalen Ablehnung des Erfolges, also auch mit dem entschiedenen und dringenden Wunsch, dass der Erfolg ausbleiben möge. Seitdem spricht man vom »Billigen im Rechtssinne«.¹⁸

Fragt man aber nach dem Sinn des Ausdrucks »Billigen im Rechtssinne«, so erfährt man aus der neueren Rechtsprechung außer den bisher erwähnten Aussagen darüber, was nicht zum Sinne dieses Ausdrucks gehört, nichts. Man hat der Rechtsprechung entgegengehalten, das (billigend) Inkaufnehmen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg sei nichts weiter als eine durchaus verzichtbare Paraphrasierung des Wissens um die Erfolgsmöglichkeit. Weiß der Täter, dass der Erfolg eintreten kann, so solle ihm nichts anderes übrig bleiben als sich mit dieser Möglichkeit abzufinden, den Erfolg für den Fall seines Eintritts (billigend) in Kauf zu nehmen und in diesem Sinne zu »wollen«.¹⁹ Aber auch gegen dieses Verständnis des Begriffs verwahrt sich die Rechtsprechung entschieden. Sie besteht in neuerer Zeit mit Nachdruck darauf, dass selbst das Wissen um eine unmittelbare, anschauliche und hohe Verletzungsgefahr kein ausreichendes Indiz dafür sein kann, dass der Täter sich mit dem Erfolg abgefunden oder ihn in Kauf genommen habe. Eine solche Beweiswürdigung der Instanzgerichte wird vielmehr als unvollständig zurückgewiesen, und es wird verlangt, dass die Gerichte den psychischen Sachverhalt des Inkaufnehmens aus anderen Tatsachen erschließen, beispielsweise aus dem Charakter des Täters, aus seiner allgemeinen Einstellung zum Opfer

17 RGSt 33, 4, 6; 59, 2, 3; 67, 424, 425; 72, 36, 44; 77, 228, 229; BGH (bei *Dallinger*) MDR 1952, 16, 19.

18 BGHSt 7, 363, 369; 14, 240, 256; BGH NJW 1963, 2236, 2237; 1968, 660, 661; BGH (bei *Holtz*) MDR 1980, 812; BGH StV 1985, 100.

19 *Schmidhäuser*, GA 1958, 166; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 53; *Engisch*, NJW 1955, 1688; *Schröder*, FS Sauer, 1949, S. 231 f.; *Jakobs*, AT, 8/28; *Sessar*, StV 1988,94; *Schumann*, JZ 1989, 428.

oder zu Verletzungen der vorliegenden Art, aus seinem Erschrecken über seinen Erfolg oder aus seinem Nachtatverhalten.²⁰

Der neueren Rechtsprechung ist allenfalls zu entnehmen, was billigendes Inkaufnehmen *nicht* ist; im Übrigen werden die Instanzgerichte immer wieder nachdrücklich ermahnt, den Ausdruck »billigend in Kauf nehmen« nicht formelhaft zu verwenden, sondern das Vorliegen dieses Erfordernisses besonders sorgfältig zu prüfen, dabei alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, insbesondere diejenigen, die dagegen sprechen.²¹ Was aber der psychische Sachverhalt ist, den die Instanzgerichte auf diese Weise sorgfältig ermitteln sollen, sagt ihnen das Revisionsgericht nirgends.²² Aber ein Ausdruck, der keinen Sinn hat, kann nun einmal nicht anders verwendet werden als formelhaft. Also findet sich der BGH in der Lage, jedes den dolus eventualis bejahende Urteil aufheben zu können, weil es den Ausdruck »billigend in Kauf nehmen« zu formelhaft verwendet habe.

Es soll nicht gelehrt werden, dass der BGH die Manövriermasse, die ihm durch diesen Leerbegriff zuwächst, auch dazu nutzt, unbillige Schuldprüche zu vermeiden, zu denen der Wortlaut des Gesetzes zwingt, wenn auch die Nachsicht, die die höchsten Richter mit Gewalttätern aller Art in letzter Zeit zeigen, das Rechtsgefühl nicht immer befriedigt.²³

Mit seiner restriktiven Handhabung des Vorsatzbegriffs verfolgt der BGH beispielsweise das Anliegen, die Bestrafung eines Affekttäters wegen Mordes zu vermeiden. Damit wird, in der Sache zu Recht, dem klassischen Mordmerkmal der Überlegung entgegen dem Wortlaut des Mordtatbestandes zur faktischen Geltung verholfen. Wer unter dem Einfluss eines starken Affekts tötet, verdient nicht den schwersten Schuldvorwurf und die schwerste Strafe, die unser Strafgesetz kennt. Er sollte nicht wegen Mordes verurteilt werden, selbst dann nicht, wenn er grausam oder zur Verdeckung einer Straftat handelt, auch nicht, wenn seine Beweggründe und damit in der Regel auch die den Affekt bestimmenden Antriebe und geistigen Haltungselemente sittlich auf tiefster Stufe stehen, also niedrig sind, von dem ohnehin zweifelhaften Mordmerkmal Heimtücke ganz zu schweigen. Für diese Durchsetzung des Überlegungserfordernisses praeter legem wird allerdings ein sehr hoher Preis gezahlt, indem nämlich ein Angriffsverhalten, dessen Tötungscharakter eindeutig und anschaulich dem Täter vor Augen steht, heruntergestuft wird zu

20 BGHSt 36, 1, 9; BGH StV 1986, 198; 1986, 421; 1988, 93; NStZ 1987, 424; 1988, 125; 1988, 361, 362.

21 BGH (bei *Holtz*) MDR 1977, 105; VRS 59, 183, 184 f.; StV 1983, 444; NJW 1983, 2268; NStZ 1984, 19; StV 1984, 187, 188; 1985, 100; NStZ 1986, 549, 550; 1987, 424; 1988, 175.

22 Dazu schon *Puppe*, NStZ 1987, 363; *Herzberg*, JZ 1988, 637; *Brammsen*, JZ 1989, 78; *Schumann*, JZ 1989, 429 f.

23 Z. B. BGH NStZ 1988, 175; NStZ 1986, 549; StV 1987, 92; NStZ 1984, 19; StV 1983, 360; StV 1984, 187.

einer Unvorsichtigkeit, die in Verbindung mit hinzutretenden unglücklichen Umständen bedauerliche Folgen gezeigt hat; und dies nur, weil der Täter, was in seinem Belieben steht,²⁴ sich mit dem Erfolg nicht abgefunden, sondern auf dessen Ausbleiben vertraut hat.²⁵

Ein signifikantes Beispiel dafür, wie willkürlich man mit der Vorsatzbeschreibung im Sinne des billigenden Inkaufnehmens umgehen kann, wenn es gilt, bestimmte rechtspolitisch wünschenswerte Ergebnisse zu erreichen, ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zum ungeschützten Geschlechtsverkehr HIV-Infizierter. Wegen des Schutzinteresses der Sexualpartner, insbesondere der über die Infektion nicht aufgeklärten, ist die Strafbarkeit solchen Verhaltens wünschenswert. Angesichts der Tatsache, dass die Gefahr einer Infektion des Partners auch bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr, sofern er nicht mit Gewalt durchgeführt wird, gering ist – die angegebenen Wahrscheinlichkeitsquoten liegen unter 10 % –, erscheint eine Bestrafung wegen eines Tötungsdelikts unangemessen. Ist jedoch jemand HIV-infiziert, so ist nach heutigem Stand der Medizin sein Tod durch die Krankheit gewiss, sofern er nicht zuvor an einer anderen Ursache stirbt. Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass in absehbarer Zeit ein wirksames, d. h. die Krankheit ausheilendes Mittel gegen AIDS gefunden wird, gibt es bisher nicht. Um das Ziel einer maßvollen Bestrafung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs eines HIV-Infizierten trotz dieser Verkoppelung der Wahrscheinlichkeiten zu erreichen, würdigt der BGH das Vertrauen des Täters darauf, dass der Partner keine Infektion davontragen werde, auch wenn der Täter zu diesem Zweck gewisse Vorsichtsmaßnahmen ergreift (coitus interruptus), als nur vage und daher der Annahme eines billigenden Inkaufnehmens und sich Abfindens mit dem Verletzungserfolg nicht entgegenstehend. Das Vertrauen darauf, dass innerhalb der Inkubationszeit irgendwo ein wirksames Heilmittel gegen AIDS entwickelt wird, soll dagegen ernsthaft und nicht bloß vage sein und daher den Tötungsvorsatz ausschließen.²⁶ Bei richtiger Würdigung reicht die geringe Wahrscheinlichkeit der Infektion bei ungeschütztem, gewaltlosem Verkehr, sofern vom Täter richtig eingeschätzt, als Grundlage für die Bejahung von Vorsatz nicht aus, und das Bedürfnis nach Strafbarkeit solchen Verhaltens wäre durch einen Sondertatbestand zu erfüllen.

24 Das dem Täter gewährte Belieben, unabhängig von dem, was er tut und was er weiß, in diesem Sinne mit oder auch ohne »Tötungsvorsatz« zu handeln, findet klaren Ausdruck in dem schon stereotypen Hinweis des BGH auf die hohe »Hemmschwelle«, die »vor dem Tötungsvorsatz steht« und auf die sich der Täter auch bei eindeutigstem Tötungsverhalten berufen können soll; BGH NSTZ 1983, 407; NSTZ 1984, 19; NSTZ 1988, 175; StV 1984, 187; StV 1986, 197, 198; VRS 64, 112, 113; BGHSt 36, 1, 15.

25 BGH StV 1984, 187, 188; StV 1987, 92; NSTZ 1986, 549, 550; 1988, 175; StV 1986, 42 1; 1983, 360.

26 BGHSt 36, 1, 15 f.

Damit dürfte ausreichend dargetan sein, dass die Rechtsprechung es veräumt hat, ihrem Begriff des *dolus eventualis* als »im Rechtssinne billigendes Inkaufnehmen« des Erfolges und sich Abfinden mit dessen möglichem Eintritt einen Sinn zu geben. Dieser Leerbegriff ist also jeder willkürlichen Handhabung zugänglich und gestattet es daher, jedem berechtigten oder unberechtigten rechtspolitischen Anliegen zur Geltung zu verhelfen. In einem rechtsstaatlichen Strafrecht ist ein solcher Begriff inakzeptabel.

Vorsatz als eine besondere Form des Wissens

Bewusste Fahrlässigkeit ist Wissen. Sie unterscheidet sich von unbewusst durch das Wissen um die Möglichkeit des Erfolgesintritts. Wenn nun auch Vorsatz Wissen ist, so liegt die Vermutung nahe, dass sich Vorsatzwissen von Fahrlässigkeitswissen in seinem Inhalt unterscheidet. Die hier zu behandelnden Vorstellungstheorien unterscheiden aber nicht so. Wie gesagt, genügt nach ihnen jedes Wissen, das bewusste Fahrlässigkeit begründen kann, auch für Vorsatz,²⁷ und umgekehrt gibt es abgesehen von der Gewissheit, dass man den Erfolg herbeiführen werde, keinen Vorstellungsinhalt über die Gefahr, der bewusste Fahrlässigkeit a limine ausschließt.²⁸ Der Unterschied zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit besteht also in der Form des Wissens. Der Täter muss die Gefahr nicht nur kennen, sondern im Sinne der Gefahr urteilen,²⁹ »es für sich so sehen«,³⁰ die Gefahr ernst nehmen und aushalten.³¹

Dies ist zu verstehen als psychologisch-faktischer Sachverhalt,³² der vom Richter durch forensische Beweismittel festzustellen ist, nicht etwa als praktisches, das Verhalten des Täters interpretierendes Urteil des Richters.³³ Was

27 Siehe Anm. 6.

28 *Frisch* (Anm. 3), S. 230; *Jakobs* (Anm. 6), S. 118; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 271; *Stratenwerth*, ZStW 71(1959), S. 60.

29 Siehe Anm. 2.

30 Siehe Anm. 3.

31 Siehe Anm. 1, 4.

32 *Sessar*, StV 1988, 95; *Lackner*, StGB, 18. Aufl. 1989, § 15 Anm. 3 b a a; *Rudolph*, in: SK StGB, § 16 Rn. 46; *Freund*, JR 1988,166; *ders.*, Normative Probleme der »Tatsachenfeststellung«, 1987, S. 32 ff.

33 Es gibt in der Literatur zwar einzelne Formulierungen, die auf eine normativ bestimmte Deutung des Täterverhaltens hinauszulaufen scheinen, aber der Schein trügt. So spricht *Roxin*, JuS 1964, 53, 60, von den Begriffsprägungen der Vorsatzlehre als von »Interpretationen, mit denen wir das Bewusstseinerlebnis, dessen wir unmittelbar nie habhaft werden können, deutend zu erfassen« versuchen. Aber was da erfasst werden soll, ist eben ein »Bewusstseinerlebnis«, ein »psychischer Akt«, auf dessen Faktizität es nach wie vor ankommen soll; ähnlich *Hassemer*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289, 305. *Schroth*, NSStZ 1990, 324, nennt die Feststellung des Tötungsvorsatzes ein »praktisches Urteil«, das nicht die Frage betreffe »wie die Wirklichkeit adäquat zu beschreiben ist«, sondern

dieser psychische Sachverhalt seinem Inhalt nach ist, ist aber nur der Einfühlung in Verbindung mit Erinnerungen an eigenes Leichtsinnsverhalten zugänglich. Dass es die Möglichkeit gibt, die Erkenntnis einer Gefahr so zu verarbeiten, dass man sie nicht ernst nimmt, nicht für maßgeblich hält, sie trotz weiterhin vorhandenen Gefahrwissens aus den entscheidungsrelevanten Überlegungen verdrängt, ist jedem schon von eigener unvernünftiger Selbstgefährdung her bekannt.

Es ist jedoch ein recht feiner psychologischer Unterschied, ob der Täter eine Gefahr erkannt und sie verdrängt hat, oder ob er sie erkannt, beurteilt und sich dann über dieses Urteil hinweggesetzt hat. Den Richter stellt die Feststellung dieses Unterschiedes vor prinzipiell unlösbare Beweisprobleme, weil die psychologischen Vorgänge in einer anderen Person empirischer Feststellung prinzipiell nicht zugänglich sind. Es bleibt also – abgesehen von einem Geständnis des Angeklagten, das, weil es auch nicht unmittelbar Ausdruck seines früheren Erlebens sein kann, ebenfalls unzuverlässig ist – nur übrig, dass der Richter sich einführend in die Situation des Angeklagten versetzt und sich fragt, ob und wie er nun selbst geurteilt hätte. Diese Verfahrensweise ist gegen anderweitig orientierte Manipulationen kaum weniger anfällig als der Leerbegriff des billigenden Inkaufnehmens. Aber der Richter müsste diese Beweisschwierigkeiten eben hinnehmen und konsequent in Anwendung des Grundsatzes »in dubio pro reo« zugunsten des Angeklagten beheben, also in praxi beim nicht geständigen Angeklagten stets nur Fahrlässigkeit annehmen, wenn jenes Erfordernis des Urteilens für den Vorsatz unabdingbar wäre.

Der Komplementärsachverhalt dieses Urteilens, das Nichturteilen, Nichternstnehmen, Verdrängen der Gefahr ist zunächst einmal nach den Maßstäben rationalen Handelns ein Fehler und vor allem nach den Maßstäben des Rechts eine Sorgfaltspflichtverletzung. Weiß der Normadressat um Tatsachen, die nach allgemeinen Sorgfaltsmaßstäben eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut durch sein Handeln nahe legen, so hat er sich zunächst weitere Informationen darüber zu verschaffen, ob die Gefahr wirklich vorliegt. Dann

die Frage, wie wir das Verhalten »unserer Mitmenschen angemessen zu deuten haben«; aber dass auch er im *dolus eventualis* nichts Anderes sieht als einen faktisch psychischen Befund, zeigt sich spätestens bei seiner Auseinandersetzung mit *Herzberg, a.a.O.*, S. 326, wo auch er darauf besteht, dass Vorsatz ausgeschlossen ist, wenn der Täter »die Gefahr leichtgenommen oder etwa den Eintritt des möglichen Verletzungserfolgs verdrängt« hat, z. B. unter dem Einfluss sexueller Erregung. Das ist rein theoretische Psychologie. Anders aber *Hruschka*, FS Kleinkecht, 1985, S. 191, 201: »Es ist nicht ein deskriptives, sondern ein askriptives Urteil, das wir fällen, wenn wir sagen, dass jemand vorsätzlich gehandelt habe. Die Vertreter der Lehre vom *dolus ex re* haben das gesehen, nur in ihrer Deutung des *dolus ex re* als einer beweismäßigen Schlußfolgerung von ›äußeren‹ Tatsachen auf ›innere‹ Tatsachen liegt ein Fehler.«

soll er die Gefahr zur Kenntnis nehmen und insofern ernst nehmen, als er Strategien zu ihrer Vermeidung erarbeitet und befolgt. Dass die Pflichtverletzung, die in der Verdrängung der Gefahrkenntnis besteht, die Wirkung hat, Vorsatz hinsichtlich der durch die Setzung der unerlaubten Gefahr verursachten Verletzung auszuschließen, wird damit erklärt, dass es eben leichter sei, eine für die Durchsetzung eigener Interessen unliebsame Gefahrkenntnis zu verdrängen als sie ernst zu nehmen und sich dann über sie hinwegzusetzen.³⁴ Nur wenn der Normadressat die Gefahr ernst genommen hat, kann sich das Motiv zur Vermeidung der Verletzung unmittelbar geltend machen,³⁵ sonst nur mittelbar durch den Gehorsamsanspruch der Sorgfaltnormen, die zum Schutz fremder Rechtsgüter gelten.

Aber es ist fraglich, ob die psychische Erleichterung, die sich der Täter durch solche Verdrängung des Wissens um die involvierten Fremdinteressen bei der Durchsetzung seiner eigenen Wünsche verschafft, unter allen Umständen zu honorieren ist, und ob sie ihm durch den Wertungssprung vom Vorsatzvorwurf zu dem erheblich niedrigeren Fahrlässigkeitsvorwurf zu honorieren ist.³⁶ Das Problem wird besonders deutlich in Fällen akuter und offenkundiger, dem Täter unmittelbar vor Augen liegender Fremdgefährdung. Auch für solche Fälle bestehen Vertreter der Vorstellungstheorie zum Teil mit Nachdruck auf der Möglichkeit, dass der Täter sich leichtfertig von der Wirklichkeit der Verletzungsgefahr distanziert, und verlangen für eine schlüssige Begründung der Vorsatzannahme die Widerlegung dieser Möglichkeit mit forensischen Beweismitteln.³⁷

Unter diesem Gesichtspunkt kritisiert *Köhler* die Vorsatzannahme des BGH in folgendem Fall: Der Täter hatte im Laufe einer Vergewaltigung sein Opfer durch Würgen bewusstlos gemacht, um es am Schreien zu hindern. Um den Koitus weiterhin vom Opfer ungestört durchführen zu können, strangulierte er es mit einem Taschentuch und führte dann auf dem schwer atmenden und langsam erstickenden Opfer seine Beischlafbewegungen weiter. Er gibt unwiderlegbar an, danach über den Tod des Opfers erschrocken gewesen zu sein. *Köhler* will dem Täter hier zubilligen, dass er sich wegen seiner »einschichtigen Motivation« leichtsinnig von der Möglichkeit distanziert haben könne, dass das Opfer an seiner Behandlung sterben könnte.³⁸ Um

34 *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 56 f., 60; *Roxin*, JuS 1964, 61; *Wolter* (Anm. 1), S. 185; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 62 mit Fn. 6; *Schmidhäuser*, GA 1958, 179; *ders.*, JuS 1980, 244 f.; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 768; *Ziegert* (Anm. 1), S. 147; *Brammsen*, JZ 1989, 79.

35 *Jakobs* (Anm. 6), S. 119; vgl. auch schon *Köhler*, GA 56 (1909), S. 291.

36 *Herzberg*, JuS 1986, 252; *Schroeder*, in: LK, § 16 Rn. 89; *Haft*, ZStW 88 (1976), S. 379; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 23. Aufl. 1988, § 15 Rn. 75; *Wesels*, AT, S. 66; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 761.

37 *Schroth*, NStZ 1990, 326; *Köhler* (Anm. 3), S. 93 ff., 271 ff.; *Freund*, JR 1988, 33.

38 BGHSt 19, 101, 102; *Köhler* (Anm. 3), S. 66 ff.

ein nicht so entsetzliches zweites Beispiel anzuführen: Der BGH sah die Möglichkeit bewusster Fahrlässigkeit gegeben in dem folgenden Fall: Die Täter hatten ihr Opfer bewusstlos geschlagen und hilflos an eine Hecke gelehnt, um davonzufahren. Sie bemerkten, dass es über die Hecke in den Fluss gestürzt war. Gleichwohl halfen sie ihm nicht, möglicherweise in dem Gedanken »Der wird schon schwimmen können«. ³⁹ In beiden Fällen, wie in vielen anderen, ist es psychologisch durchaus denkbar, dass der Täter sich mit der Lebensgefahr des Opfers nicht ernsthaft befasst oder auch sich mit irrealen Hoffnungen selbst beschwichtigt und sich so seine Entscheidung für die Durchsetzung seiner Wünsche gegen die Integrität und die Rechte des Opfers leichter macht. Aber verdient ein solches Verdrängen und Sich-Abwenden von der Gefährdung des anderen denn Nachsicht? Bei derart großer, unmittelbarer und anschaulicher Gefahr ist es nichts anderes als der Ausdruck tiefster Gleichgültigkeit gegenüber fremder Integrität, ⁴⁰ auch wenn es spontan und nicht berechnend erfolgt. Der Täter kann eine solche Gefahr nur deshalb verdrängen, sich von der Realität der Verletzung abwenden, weil sie ihn hier und jetzt im praktischen Sinne nicht interessiert. Man kann sich leicht andere Fälle vorstellen, in denen der Täter noch eine gewisse Besorgnis für das fremde Rechtsgut übrig hat, die Gefahr also ernst nimmt und deshalb einige, wenn auch völlig unzureichende, Vorsichtsmaßnahmen zu dessen Schutz ergreift. Verdient er deshalb den schwereren Vorwurf? ⁴¹ Die Rechtsordnung ist keineswegs gehalten, auf solche Selbstbeschwichtigungen des Täters in der Weise einzugehen, dass sie sie zum Maßstab ihrer eigenen Beurteilung des Täterverhaltens macht und ihm nur Leichtsinns, Unbedachtsamkeit, Unvorsichtigkeit in Bezug auf die von ihm erkannte Gefährdung fremder Integrität attestiert.

Die Anhänger der Vorstellungstheorie in ihren verschiedenen Formulierungen machen gegen die Willenstheorie und auch gegen die Billigungstheorie, sofern sie sich als Version der Willenstheorie versteht, mit Recht geltend, dass schon die Anerkennung des sog. *dolus directus* den Verzicht auf ein Willenselement des Vorsatzes darstellt und den Vorsatz als ein Wissen um die Folgen eines willentlichen Handelns ausweist. ⁴² Die Konsequenz dieser Extrapolation aus dem *dolus directus* ist die Wahrscheinlichkeitstheorie oder der alte *dolus indirectus*. Da aber die Vorstellungstheorien es einerseits ablehnen, Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit nach dem Inhalt des Wissens um die Gefahr zu unterscheiden, und andererseits die Schuldform der bewussten Fahrlässigkeit nicht preisgeben wollen, suchen sie – wie die Billi-

³⁹ BGH NStZ 1982, 506.

⁴⁰ Herzberg, JuS 1986, 253.

⁴¹ Dazu Herzberg, JuS 1986, 254.

⁴² Zielinski, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rn. 27; Stratenwerth, ZStW 71 (1959), S. 53; Jakobs, AT, 8/20, 21.

gungstheorie – ein Willenssurrogat in der Psyche des Täters, das den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmachen soll.

Aber vom Wollen im ursprünglichen und klaren Sinn des Wortes, nämlich der Absicht, ist jener psychische Akt des Urteilens noch weiter entfernt als das Billigen im ursprünglichen und klaren Sinne des Wortes. Dass dieses Urteilserfordernis keinen klaren Sinn hat, zeigt der anhaltende und immer mehr ausufernde Streit um seine richtige Formulierung. Soll es nun ein Urteilen als möglich, ein Für-sich-so-Sehen, ein Sich-zu-eigen-Machen, ein Die-Gefahr-Aushalten oder -Ernstnehmen sein? Und wie unterscheiden sich all diese Formeln? Wie auch immer formuliert, stellt dieses Urteilserfordernis einen ziemlich kläglichen Ersatz für den Willen dar und hat nichts gemein mit dem inhaltlich bestimmten Wissen, das den *dolus directus* begründet.

Prolegomena zu einem normativen Vorsatzbegriff

Die Vorstellungs- und Willenstheorien kranken an dem gleichen Grundfehler. Sie lassen sich auf die Frage ein, wie der Täter die falsche Entscheidung eines Konflikts zwischen seinem Begehren und fremder rechtlich geschützter Integrität psychisch verarbeitet. Das aber ist allein seine innere Angelegenheit und geht die Rechtsordnung nichts an. Der Rechtsgemeinschaft tritt der Täter im Strafrecht nicht als das mehr oder weniger hilflose Objekt psychischer Erlebnisse und Antriebe gegenüber, das diese Erlebnisse, so gut es eben geht, psychisch verarbeitet, indem es etwas ernst nimmt oder sich leichtsinnig darüber hinwegsetzt, es beurteilt oder verdrängt, sich mit etwas abfindet oder auf etwas anderes ernsthaft vertraut. Solange der Täter als schuldfähig gilt, gilt er als vernünftige, autonome Person, die nach Maximen handelt und dadurch kompetent ist, an jenem Kommunikationsprozess teilzunehmen, der über die Gültigkeit von Normen und Normerwartungen entscheidet.⁴³ Maßgeblich ist also nicht, ob der Täter die Gefährdung und Verletzung fremder Integrität tatsächlich gebilligt oder verdrängt hat, sondern ob sein Verhalten, interpretiert als das eines Vernunftwesens, der Ausdruck solcher Billigung ist. Dabei ist das Wort »billigen« durchaus in seinem ursprünglichen Sinne zu verstehen, nämlich als normatives Urteil, dass Gefährdung und Erfolg sein sollen oder mindestens sein dürfen. Vorsätzlich ist also ein solches Handeln, das ein vernünftiger Mensch in der Situation und mit dem Wissen des Täters nur dann vornehmen würde, wenn er den Erfolg in diesem Sinne billigen würde, das also die Norm zum Ausdruck bringt: »Der Erfolg soll bzw. darf sein.« Man kann das auch dahin formulieren, dass das Verhalten des Täters in Verbindung mit seinem Wissen Ausdruck einer Entscheidung für den Erfolg sein muss.⁴⁴

43 *Jakobs*, AT, 1/9 i.V.m. 17/48 f.

44 *Roxin*, JuS 1964, 61; *Zielinski*, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rn. 75; *Hassemer*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 309; vgl. dazu aber oben Anm. 33.

Durch den Paradigmenwechsel von der faktisch-psychologischen Befindlichkeit des Täters auf den Ausdruckswert seines Verhaltens innerhalb einer Kommunikation unter Vernünftigen verliert der anscheinend endlose Streit um die richtige Formulierung des Einstellungselements des Vorsatzes seinen Gegenstand: die Frage, auf welchen psychischen Akt der Unvernunft es beim Unterschied zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ankommen soll, ob der Täter die Gefahr erkennt, aber doch verdrängt, nicht verdrängt, aber doch nicht ernst genommen (für sich so gesehen, sie sich zu eigen gemacht), ernst genommen, aber sich nicht dafür entschieden, sich dafür entschieden, aber es nicht (im Rechtssinne) gebilligt, sich nicht damit abgefunden haben muss. Das Handeln des Täters in der erkannten (oder angenommenen) Situation muss, um Vorsatz zu begründen, so eindeutig Verletzungscharakter tragen, dass ein vernünftiger Täter all diese Einstellungselemente erfüllen müsste.

Dieser Ausdruckswert des Täterverhaltens widerspricht direkt der Wertung der Rechtsordnung selbst, die ja sagt: Der Erfolg soll nicht sein. Dieser Widerspruch charakterisiert die Absicht und den dolus directus. Wer die Verursachung eines Erfolges zielstrebig ins Werk setzt, bringt damit – vorausgesetzt, er gilt als vernünftiges nach Maximen handelndes Wesen – eindeutig zum Ausdruck, dass dieser Erfolg sein soll. Das gleiche gilt für denjenigen, der etwas anstrebt, was nach seiner Vorstellung notwendig mit dem Eintritt des Erfolges verknüpft ist. Diese normative Interpretation des Verhaltens des Täters als Ausdruck seiner den Rechtsnormen unmittelbar widersprechenden Handlungsmaximen bildet auch den Maßstab für die richtige Unterscheidung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit. Dies ist der einheitliche, für alle Vorsatzformen gleichermaßen gültige, normative Vorsatzbegriff.

Inwieweit soll eine solche Interpretation unabhängig von der psychologischen Befindlichkeit des Täters sein? Das Problem wird besonders deutlich bei Taten im Affekt. Die Erfahrung, dass wir im Zorn imstande sind, Erfolge planmäßig ins Werk zu setzen, die wir alsbald bereuen, also nicht als Ausdruck unserer wahren Handlungsmaximen akzeptieren, ist jedem von uns aus seiner frühen Kindheit derart vertraut, dass sie sich auch als Grundlage einer allgemeingültigen, nicht unmittelbar auf das individuelle Erleben des Täters bezogenen Interpretation eines Verhaltens eignet. Unter Einbeziehung der die Einsichtsfähigkeit beeinträchtigenden Wirkung des Affekts kann sich ergeben, dass ein Täterverhalten, das objektiv eindeutig die Bedeutung der Verletzung fremder Integrität hat, gleichwohl nicht ein Urteil zum Ausdruck bringt, dass eine solche Verletzung sein soll.

Trotzdem ist eine Berücksichtigung dieser Tatsache schon bei der Ermittlung des Vorsatzes nicht legitim. Sie führt zu einer Doppelverwertung der entlastenden Momente des Affekts. Es ist doch nichts anderes als diese die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigende Wirkung des Affekts,

die dem Täter bei der Schuldprüfung mit schuld mindernder oder schuldausschließender Wirkung zugute gehalten wird.

Die psychologische Situation des Täters ist nicht der geeignete Anknüpfungspunkt für die Interpretation seines Verhaltens als Normverletzung. Der Täter bringt sein der Norm widersprechendes Sollensurteil über den Erfolg nicht dadurch zur Geltung, dass er es theoretisch vertritt, sondern dadurch, dass er es praktisch werden lässt, indem er es durch Usurpation von Macht, die ihm nicht zusteht, am Opfer exekutiert. Diese praktische Geltung des als vernünftig interpretierten Täterverhaltens als ein der fremden, rechtlich geschützten Integrität direkt widersprechendes Sollensurteil muss dem Täter als sein personales Unrecht zugerechnet werden, solange er überhaupt als kompetenter Partner des sozialen Kommunikationsprozesses gilt. Es ist eine Frage der Schuld, ob der Täter dieses Urteil in klarer Einsicht psychisch mit vollzogen hat, also zumindest im Moment der Ausführung seiner Tat mit seiner Person voll dahinter steht. Starke Emotionen können sein Urteil trüben und deshalb die Schuld mindern. Bei krankhaftem Affekt kann dies zur Unterschreitung des Regelstrafrahmens nach § 21 StGB oder zur völligen Verneinung der Schuld nach § 20 StGB führen.

Verstellt sich der Täter diese Einsicht selbst durch irrationale Verarbeitungsmechanismen, so mildert dies seine Schuld nur ausnahmsweise, denn es ist in der Regel gerade Ausdruck von Gleichgültigkeit gegenüber der fremden Integrität, die den Täter eben, jedenfalls im Moment der Tat, nicht interessiert. Das Wissen um deren drohende Verletzung wird ja nur in dem Sinne verdrängt, dass es bei der Entscheidung nicht beachtet wird, nicht in dem Sinne, dass es dem Täter im Moment seiner Entscheidung nicht mehr zur Verfügung steht.⁴⁵

Als tatsächliches Ausgangsmaterial der normativ orientierten Interpretation des Täterverhaltens als Ausdruck eines der Rechtsordnung widersprechenden Sollensurteils bleibt also nur der Inhalt seiner Vorstellung, also die Qualität der Verletzungsgefahr, die er wissentlich begründet hat. Treffend formuliert *Herzberg*. »Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, daß der

45 Auch *Schmidhäusers* Verständnis des Unterschieds zwischen »scheinbar bewusster Fahrlässigkeit« und Vorsatz als Kenntnis der Erfolgsmöglichkeit (vgl. insbesondere JuS 1980, 241 f.) begründet keinen Einwand hiergegen. Wenn er die »scheinbar bewusste Fahrlässigkeit« damit erklärt, dass der Täter »im entscheidenden Augenblick die konkrete Möglichkeit« des Erfolges »verneint«, nachdem er »zunächst an diese Möglichkeit gedacht hat« (S. 250), so erscheint dieses Verneinen, das auch »ganz irrational« sein kann, nicht als ein Irrtum, sondern als ein innerer Willkürakt, der als Fehlleistung mehr oder weniger Ausdruck von Gleichgültigkeit gegenüber fremder Integrität sein kann. Vgl. auch *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 75; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 761; *Wessels*, AT, S. 66; *Stratenwerth*, AT I, Rn. 306.

Täter eine erkannte Gefahr ernst genommen, sondern daß er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat«. ⁴⁶

Nach welchen inhaltlichen Kriterien soll man aber nun Vorsatzgefahren von Fahrlässigkeitsgefahren unterscheiden? Auch fahrlässiges Verhalten lässt sich dahin interpretieren, dass es das Urteil zum Ausdruck bringt, der Erfolg darf sein. Denn auch der Fahrlässigkeitstäter setzt das Rechtsgutobjekt einem Risiko aus, dem er es gerade deshalb nicht aussetzen darf, weil der Erfolg nicht sein darf. Überdies soll er sich gerade durch die Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolges zur Vermeidung dieses Risikos motivieren lassen. ⁴⁷ Dieses Erfordernis unterscheidet die Fahrlässigkeitshaftung von der weitergehenden Haftung nach dem Grundsatz vom *versari in re illicita*. Wollte man aber jedes fahrlässige Verhalten als Billigung des Erfolges interpretieren, so widerspräche dies nicht nur der psychologischen Befindlichkeit einzelner Täter, sondern unserem allgemeinen Verständnis von den Maximen vernünftigen Handelns. Das belegt schon die Erfahrung, dass wir uns selbst im Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang, etwa im Straßenverkehr, häufiger Gefahren aussetzen, die unerlaubt wären, wenn sie fremde Rechtsgüter betreffen. Es gibt also Gefahren, bei deren Setzung nicht nur ein bestimmter einzelner Täter, sondern der nach allgemeinen Maßstäben rational und vernünftig Handelnde nicht nur vage, sondern ernsthaft darauf vertrauen kann, dass sie sich nicht realisieren. Das sind ihrer Qualität nach Fahrlässigkeitsgefahren. Es gibt andere Gefahren, die ein rational Handelnder nur dann eingeht, wenn er mit ihrer Realisierung einverstanden ist. Das sind ihrer Qualität nach Vorsatzgefahren.

Die Wahrscheinlichkeitstheorie und ihre Renaissance

Die einzige in neuerer Zeit noch diskutierte Theorie zur Unterscheidung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsgefahren nach ihrem Inhalt ist die Wahrscheinlichkeitstheorie. Sie ist daran gescheitert, dass sie das Problem mit einem allzu simplen, abstrakten und praxisfernen Begriffsinstrumentarium zu lösen versucht hat: mit einem quantitativ verstandenen Wahrscheinlichkeitsbegriff. Dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff ist stetig steigerbar; also ist eine Grenzziehung, die sich allein an diesem Kriterium orientiert, notwendig willkürlich. Nur ausnahmsweise, bei aufwändig theoretisch vorbereiteten Entscheidungsprozessen, wie sie etwa im Umweltstrafrecht vorkommen können, orientieren wir uns überhaupt an quantitativ festgelegten Wahrscheinlichkeiten. Im täglichen Leben haben wir weder die Informationen noch die statistischen Methoden, noch auch nur die Zeit zur Verfügung, uns auch nur einigermaßen fundierte Vorstellungen über Wahrscheinlichkeitsquotienten zu erarbeiten. Es ist also keineswegs ein Mangel an Rationalität, wenn wir die

⁴⁶ JuS 1986, 262.

⁴⁷ Vgl. *Jakobs* (Anm.6), S. 41 ff.

Größe der Risiken bei praktischen Entscheidungsaufgaben nicht numerisch zu bemessen versuchen, sondern uns an anschaulicheren, weniger abstrakten und unmittelbarer zugänglichen Kriterien orientieren.⁴⁸

Herzberg hat versucht, ein solches qualitatives und anschauliches Unterscheidungskriterium zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsgefahr anzugeben.⁴⁹ Er geht offenbar von dem Topos des ernsthaften Vertrauens auf das Ausbleiben des Erfolges aus. Ein solches Vertrauen kann eben nur dann ernst sein, wenn ernstzunehmende Gründe dafür angeführt werden können.⁵⁰ Es muss also Tatsachen geben, die geeignet sind, die Realisierung der Gefahr zu verhindern. *Herzberg* spricht von einer »abgeschirmten Gefahr«, deren Vorstellung im Gegensatz zu einer »unabgeschirmten« nur Fahrlässigkeit begründet. Nun ist aber jedes prognostische Gefahrurteil auf beschränkter Wissensbasis – und um ein solches handelt es sich hier immer – zusammensetzbar aus Faktoren, die den Erfolg wahrscheinlicher machen, und solchen, die die Wahrscheinlichkeit reduzieren. Man erhält also, je nachdem, ob man diese Faktoren zu einem einzigen Gefahrurteil »verrechnet« oder zwischen den wahrscheinlichkeitserhöhenden und den wahrscheinlichkeitsreduzierenden unterscheidet, eine abgeschirmte oder eine unabgeschirmte Gefahr im Sinne von *Herzberg*. Damit ist die Frage nach der Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsqualität von der Gefahr auf den Abschirmungseffekt verlagert.

Strukturell unterscheidet sich dieser Ansatz nicht von der Theorie vom betätigten Vermeidewillen *Armin Kaufmanns*.⁵¹ Der Unterschied besteht nur darin, dass sich nach *Kaufmann* der Täter nur auf die risikomindernde Wirkung eigener Tätigkeit berufen kann, nach *Herzberg* aber auch auf die risikomindernde Wirkung anderer Faktoren, etwa sorgfältigen Verhaltens Dritter und vor allem des Opfers selbst. Das ist eine gewisse Verbesserung, ändert aber nichts am Grundübel der Theorie. Statt nach dem vorsatzbegründenden Wahrscheinlichkeitsgrad der Gefahr muss man nach dem wahrscheinlichkeitsreduzierenden Effekt der Abschirmung fragen. *Herzberg* setzt die vorsatzbegründende Wahrscheinlichkeit für die abgeschirmte und die unabgeschirmte Gefahr gleich fest,⁵² die Abschirmung der Gefahr ist also entgegen dem ersten Anschein auch bei *Herzberg* kein qualitatives Kriterium der Fahr-

48 Das lehrt die Entwicklung des Begriffs dem konkreten Gefahr, bei der der Versuch einer rechnerischen Bestimmung zugunsten qualitativer und anschaulicher Kriterien aufgegeben wurde; vgl. BGHSt 18, 271; BGH NSTZ 1985, 263 mit Anmerkung *Geppert; Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 770.

49 *Herzberg*, JuS 1986, 260 mit Fn. 50; 253 ff.

50 Vgl. auch BGH JZ 1981, 35; BGH StV 1985, 100; *Engisch* (Anm. 11), S. 176 f.; *Küpper*, MW 100 (1988), S. 766 f.

51 ZStW 70 (1958), S. 74 ff.; *Dörr*, Die Grenze des Tatvorsatzes in der Rechtsprechung, 1967, S. 21 ff.; vgl. schon *Finger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904, S. 259.

52 *Herzberg*, JuS 1986, 260.

lässigkeitsgefahr. Das einzig entscheidende Kriterium ist vielmehr wie bei der klassischen Wahrscheinlichkeitstheorie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts selbst.

Dabei soll eine Fahrlässigkeitsgefahr erst dann vorliegen, wenn der Erfolgseintritt als »äußerst unwahrscheinlich«, als »unglücklicher Zufall« erscheint.⁵³ Damit ist die Wahrscheinlichkeitsgrenze zur Unterscheidung von Vorsatzgefahr und Fahrlässigkeitsgefahr viel zu tief angesetzt. Die Vorsatzgefahr muss zwar nicht an Sicherheit grenzen, sie muss aber doch so groß sein, dass dem Täter der Eintritt des Erfolges als von ihm bewusst ins Werk gesetzt zugerechnet werden kann. Überlässt es der Täter dem Zufall, ob der Erfolg eintritt oder nicht, so ist dies gerade nicht der Fall. Entgegen einigen Formulierungen in der Rechtsprechung und in der Literatur⁵⁴ ist diese Situation also charakteristisch für Fahrlässigkeitsgefahr, nicht für Vorsatzgefahr. Überlässt der Täter den Erfolgseintritt dem Zufall, beherrscht er ihn also durch sein Tun objektiv nicht, so wird der Vorsatzvorwurf auch nicht dadurch begründet, dass er ihn billigend in Kauf nimmt oder ihm gleichgültig gegenübersteht.

Hierfür ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Der Täter hatte den Bremschlauch am Fahrzeug seiner Frau durchschnitten, damit diese auf einer abschüssigen Strecke kurz vor einer Kurve einen Unfall erleide. Dies konnte sie durch außergewöhnliche Geistesgegenwart und Kaltblütigkeit verhindern. Die Körperverletzung war beabsichtigt, und die Höhe der geschaffenen Körperverletzungsgefahr reicht auch für *dolus eventualis* aus. Zu Unrecht hat das Gericht aber auch Tötungsvorsatz angenommen, weil der Täter den möglichen Todeserfolg dem Zufall überlassen hatte.⁵⁵ Dass aber der Fahrer eines Kraftfahrzeugs bei einem Verkehrsunfall zu Tode kommt, ist sehr viel unwahrscheinlicher als dass er verletzt wird. Angesichts dieser Tatsache begründet auch eine gleichgültig hinnehmende oder gar positiv »billigende« Einstellung des Täters zum nicht beabsichtigten Todeserfolg nicht den Vorwurf vorsätzlicher Tötung.

Würden Praxis wie Theorie die Anforderungen an die Erfolgsgefahr für den Vorsatz nicht zu gering bemessen, so stünden sie nicht in vielen Fällen höherer Verletzungs- und geringerer Tötungsgefahr vor der Wahl, das Täterverhalten entweder unangemessen milde als bloße Fahrlässigkeit oder allzu streng als Mordversuch zu beurteilen. Praktisch wichtige Beispiele dafür bietet die Verwendung von Fahrzeugen als Angriffs- oder Nötigungsmittel. Geschieht dies in besonders gefährlicher Weise, etwa durch plötzliche Erhöhung der Geschwindigkeit wenige Meter vor dem haltgebietenden Polizis-

⁵³ Herzberg, JuS 1986, 256.

⁵⁴ BGH VRS 26, 203; BGH (bei Holtz) MDR 1982, 812; NStZ 1981, 22, 23; StV 1985, 100; Schmidhäuser, GA 1958, 179.

⁵⁵ BGH 4 StR 250/74 (unveröffentlicht, zitiert nach Köhler [Anm. 3]), S. 73 f.

ten,⁵⁶ Rammen des überholenden Polizeiwagens⁵⁷ oder den Versuch, den auf der Motorhaube sich mühsam Haltenden abzuschütteln,⁵⁸ so ist die Gefahr der Körperverletzung für den Vorsatz hoch genug und die Bewertung des Verhaltens als (versuchte) gefährliche Körperverletzung angemessen. Eine an der Höhe und Unmittelbarkeit der dem Täter vor Augen stehenden Verletzungsgefahr orientierte Vorsatzbestimmung ist nicht, wie die h. L., genötigt, daraus die Konsequenz zu ziehen, dass auch die wesentlich geringere Todesgefahr Vorsatz begründet, oder mit Hilfe von Gesinnungserfordernissen auch den Verletzungsvorsatz abzulehnen.

Der Begriff der großen Gefahr ist vage, weil ein präziserer Begriff, wie ihn etwa die Wahrscheinlichkeitstheorien anzugeben versucht haben, in den meisten praktischen Situationen des Entscheidens nicht valide ist. Wegen seiner Vagheit kann er aber allein die Aufgabe der qualitativen Bestimmung einer Vorsatzgefahr nicht erfüllen. Hinzukommen muss jene anschauliche Typizität des Verletzungsprozesses, die einem nach allgemein gültigen, vernünftigen Maßstäben handelnden Täter nur die Wahl lässt, die Handlung zu unterlassen oder den Erfolg zu akzeptieren. Vorsätzlich handelt, wer sich, mit welchen psychischen Mechanismen auch immer, über die Appellfunktion einer solchen typischen Verletzungsbedeutung seines Verhaltens hinwegsetzt. Wir schreiben aufgrund von allgemein bekannter Erfahrung und teilweise wohl auch schon aufgrund der uns allen gemeinsamen Instinkte gewissen Verhaltensweisen Verletzungscharakter oder Tötungscharakter unvermittelt zu. Dies gilt beispielsweise für Schläge mit schweren Gegenständen auf den Kopf, länger anhaltendes Drosseln oder Würgen, Messerstiche in den Rumpf oder in den Hals.⁵⁹ Mindestens jeder geistig gesunde und über das allgemein bekannte Erfahrungswissen verfügende Mensch vollzieht die Tötungsbedeutung solchen Verhaltens unmittelbar anschaulich nach, auch wenn er einer plötzlichen Situationsänderung oder einem normalpsychologischen Affekt ausgesetzt ist, mag auch dieser Nachvollzug nicht immer in Worten, sondern in Vorstellungsbildern geschehen. Dieses für Stresssituationen typische non-verbale Denken in Sinneseindrücken ist nicht zu verwechseln mit dem sachgedanklichen Mitbewusstsein.⁶⁰ Das soll nicht heißen, dass das Wissen um die Verletzungsgefahr als solche dem Täter wegen ihrer Typizität zu unterstellen ist; dieses Wissen ist vielmehr tatsächliche, psychologische Vor-

56 BGHSt 26, 176 ff.

57 BGH NJW 1968, 660 ff.

58 BGH VRS 56,141,144; 57, 273, 280.

59 In seiner Analyse der Rechtsprechung hat Köhler (Anm. 3), S. 54 ff.; ders., JZ 1981, 36, diese Tötungstypizität bestimmter Verhaltensweisen beispielhaft herausgearbeitet. Ihm selbst genügt allerdings diese Tötungstypizität zur Bejahung des Vorsatzes nicht; vgl. dazu oben S. 12 f.

60 Schmidhäuser, FS Hellmuth Mayer, 1966, 325 ff.; Frisch (Anm. 3), S. 176 ff., 178.

aussetzung des Vorsatzes. Nur die Typizität des Verlaufs, die dem Handeln Verletzungsbedeutung verleiht, wird nach allgemeinen Maßstäben beurteilt, nicht nach den individuellen Maßstäben des Täters.

Das Kriterium der Verletzungstypizität ist auf weniger anschauliche und unmittelbare Verletzungsprozesse, insbesondere auf deliktische Vermögensschädigungen, nicht anwendbar. Bei den Vermögensdelikten ist das Problem der Unterscheidung zwischen Vorsatzgefahren und Fahrlässigkeitsgefahren aber weitgehend deshalb obsolet, weil jede nach allgemeinen Maßstäben relevante unmittelbare Vermögensgefahr bereits selbst als Schaden gilt. Die etwa bestehende Hoffnung des Täters, die schadensgleiche Gefahr werde sich am Ende doch nicht realisieren, er werde beispielsweise durch einen glücklichen Zufall doch in der Lage sein, das erschlichene Darlehen zurückzuzahlen, ist also von vornherein nicht tatbestandserheblich. Beurteilt der Täter die Gefahr deshalb nicht als schadensgleich, weil er dafür weniger strenge Maßstäbe hat, als sie allgemein im Wirtschaftsverkehr gelten, so mag man das zwar eine Art Leichtsinn nennen; dieser Leichtsinn kann aber nur einen Subsumtionsirrtum begründen.⁶¹ Für die zur Tatbestandserfüllung erforderliche Kenntnis ist allein maßgeblich, ob der Täter weiß, dass nach den allgemein gültigen Maßstäben des Wirtschaftens die Gefahr den Wert seines Leistungsangebots mindert. Dies wird in aller Regel der Fall sein, sonst würde er seinen Geschäftspartner nicht über die gefahrbezüglichen Faktoren täuschen.

Das Kriterium der Anschaulichkeit und Typizität der Verletzungssituation ist im Gegensatz zu *Kaufmanns* Vermeidewillen und *Herzbergs* Unabgeschirmtheit auch anwendbar auf Erfolgsbedingungen, die der Täter nicht verursacht, sondern vorfindet. Da ihr Vorliegen oder Fehlen objektiv bereits feststeht, kann man zwar nicht von größerer oder geringerer Gefahr sprechen, aber doch von einem größeren oder geringeren Anschein ihres Vorliegens. Für die Entscheidung unter einer Ungewissheit und für ihre Interpretation als Ausdruck einer Handlungsmaxime ist es ohne Belang, welchen Grund die Ungewissheit hat. Auch eine Ungewissheit über die objektiv gegebenen Tatsachen lässt sich daraufhin beurteilen, ob ein vernünftiger Täter angesichts der die Verletzungsmöglichkeit begründenden Tatsachen nur dann handeln würde, wenn nach seinen Maximen die Verletzung sein sollte oder dürfte.

Historischer Exkurs

Eine Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nach dem Inhalt des Täterwissens und nach Vorsatzgefahren und Fahrlässigkeitsgefahren muss gewärtigen, schon deshalb verworfen zu werden, weil sie mit dem alten dolus indirectus verwandt sei, der nun einmal als eine ausschließlich zur Behebung von Beweisschwierigkeiten entwickelte Figur des gemeinen Rechts gilt, die die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts überwunden

⁶¹ Das verkennt Köhler (Anm. 3), S. 90.

hat.⁶² Deshalb ist an dieser Stelle ein historischer Rückblick notwendig, bei dem es freilich nicht darum gehen kann, die Entwicklung vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis* im Einzelnen und historisch getreu nachzuzeichnen. Unser Interesse ist vielmehr ein durchaus ahistorisches: Es geht um die Frage, ob aus heutiger Perspektive angesichts ihrer bisherigen Ergebnisse diese historische Entwicklung wirklich als ein reiner Fortschritt anzusehen ist oder ob nicht vielmehr mit dem Schritt vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis* wertvolle Ansätze preisgegeben und Wege verschüttet worden sind, die zu einer inhaltlich reicheren und klareren, normativ besser begründeten und gegen Manipulationen weniger anfälligen Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit hätte führen können, als wir sie heute haben.

Lesen wir doch einmal jene Passage des viel geschmähten *Carpzov* im Ganzen, auf die die Übernahme des *dolus indirectus* in die deutsche gemeinrechtliche Doktrin zurückgeführt wird.⁶³

Carpzov, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* 1635, *Quaestio* I Nr. 28–32, zitiert nach der Ausgabe von 1645:

Rz. 28

Veruntamen hisce non obstantibus, contrarium, quod videlicet is, qui alterum gladio percutit, nolens ipsum occidere, praeter intentionem vero ei vulnus lethale infligit, ex quo mors sequitur, poena ordinaria aequè puniri debeat, ac si habeat animum occidendi, defendit Anton. Gomez. tom. 3. var. resolut. c. 3. n. 17. & 18, ex Bald. & Salycet. in 1. cum mandati. circa fin. C. mandat. Aegid. Bossius tit. de homicid. n. 71. & Seqq. Angelus in 1. quoniam multa. C. ad L. Jul. de publica. Autor. Consultat. Saxon. tom. 3. part. 4. q. 13. n. 25. & Seqq. Toming. decis. 38. n. 9. & 25.

62 *Grünhut*, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922 (Neudruck 1978), S. 133 ff.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930 (Neudruck 1973), S. 118 ff.; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989, S. 247 ff., 251; *Löffler*, Die Schuldform des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1: Die Entwicklung des geltenden Rechts, 1895, S. 166 ff., insbesondere S. 169. *Löfflers* Schmährede über *Carpzov* stellt eine vielleicht repräsentative, aber kaum eine unparteiische und historisch einwandfreie Würdigung der gemeinrechtlichen Doktrin vom *dolus indirectus* dar.

63 *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 251 f.; *Löffler* (Anm. 62), S. 170 f.; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 110; *Klee*, Der *dolus indirectus* als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906, S. 14; *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, S. 36; *Küpper*, Der »unmittelbare« Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982, S. 17; *Boldt*, J. S. F. v. Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 201.

Quorum sententiam juri ac veritati magis consentaneam esse arbitror, eo quod percutiens gladio animo solū vulnerandi, aequē in dolo est, & quia scit, aut saltem scire debebat, certo & destinato modo vulnus, praesertim gladio vel simili instrumento, ad homicidium perpetrandum apto, dari non posse, in effectu negari nequit, quin talis habeat animum occidendi, ut cujus voluntas fertur in percussione, & in omne id, quod ex percussione dolosa immediato contingit ...

Rz. 29

PRIMO notum est, quod dans operam rei illicitae, teneatur de omni eo, quod sequitur praeter illius intentionem & voluntatem, si nimirum causa sit ordinata, & tendat ad Subsequentum delictum, ita quod delicti autor verisimiliter aut cogitavit, vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat de eo, quod inde facile successurum erat, 1. quoniam multa. C. ad L. Jul. de vi publ. ubi gloss. in verb. quoniam. & in verb. continentur. Cuman. inl. 1.§. Divus. ff. ad Leg. Corn. de sicar. & in cons. 134. col. 2. ante finem. vers. adsecundum. Aretin. cons. 34. in. fin. Mars. cons. 7. n. 5. & 8. Gozadin. cons. 61. n. 3. Caepoll. cons. 33. n. 2. Andreas Gail. lib. 2. observ. 110. n. 38. Unde Dd. inferunt ad eum, qui proposuit mittere incendium in una domo, & immisit, si ex dicto incendio aliae fuerint combustae domus, tenetur immittens de omnibus, quia verisimiliter incendium tendebat ad comburendas vicinas aedes, 1. 1.§. es incendio. ff. de incend. ruin. naufrag. ubi gl. Cuman. indict. & Divus, n. 3. & 4. Farin. p. 5. oper. crim. q. 126. n. 77. Dec. inl. contractus. n. 47. vers. & hoc procedit. ff. de reg. jur. ubi etiam Cagnol. n. 88. Salyc. in 1. quod Nerva. ad finem. vers. item Fallit. in 1. quoniam multa. Cod. depositi. Anton. Gomez. tom. 3. variar. resol. c. 3. n. 17.

Rz. 30

Quis autem negabit, eum, qui percutit gladio hac intentione, ut vulneret, dare operam rei illicitae, praesertim cum sciat, vulnera ad mensuram dari non posse, ex iisque immediate ut plurimum mortem sequi, Boss. in pract. tit. de homicid. n. 74. circa finem. Quo respectu percutiens gladio, etiam versatur in dolo in genere; Dolose namque agit, quod gladio percutit, dolose quoque agit, quod vulnerat, & sic vulnerando dolose causam mortis praebet. In delictis autem puniendis sufficere dolum in genere, tradunt Dd. comm. Bald. in 1. si quis. n. 9. C. de Episcop. & Cler. Tiraquell. de poen. temp. caus. 14. n. 3. inf. Petr. Plach. in epit. delict. lib. 1. c. 27. Farin. p. 3. oper. crim. quaest. 87. n. 37. Gomez. var. resolut. tom. 3. c. 3. n. 34. inf. & alii. quos allegat Tiraquell. dicto loco.

Rz. 31

SECUNDO: voluntarie quoque occidere videtur non solumis, qui animum habet occidendi, sed & qui vulnerando causam praebet mortis: Fertur enim voluntas quandoque in actum homicidii directe & per se; quandoque indirecte & per accidens: Directe fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, & haec est perfecta, propriaque homicidii malitia, l. 1. C. de

Sicar. l. 1. §. Divus. ff. eod. Indirecte autem & per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate & per se, non per accidens homicidium sequitur: Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directie, nec indirecte, Covarr. ad. Clem. V. const. de. homicid. secund. part. relect. inpr. n. 2. ubi allegat S. Thom. in 1. 2. q. 76. explicantem hoc exemplo: Quod silicet causa peccati non sit directe voluntaria, sed indirecte & per accidens, quando quis vult bibere vinum immoderate, fertur quidem voluntas tunc directe in potum immoderatu, indirecte autem & per accidens in ebrietatem, quae fuit secuta directe & immediate ex potione immoderatae. Rz. 32 Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: Directam, & Indirectam; Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur; Hanc vero, qui vulnus infligit, ex quo immediate sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Ergo & utraque voluntas homicidio subsecuto poenam pro eo impositam meretur.⁶⁴

64 Eigene Übersetzung:

28) Gleichwohl steht dem nicht entgegen, sondern ist im Gegenteil offensichtlich, dass, wer (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, ohne ihn töten zu wollen, aber ihm über seine Absicht hinaus eine tödliche Wunde beibringt, aus welcher der Tod folgt, gleichermaßen mit der poena ordinaria bestraft werden soll, wie wenn er die Absicht zu töten gehabt hätte ... Ich glaube, dass deren (der angeführten Autoren) Urteil mit Recht und Wahrheit mehr übereinstimmt; und weil derjenige der (einen anderen) in der Absicht mit dem Schwert durchbohrt, ihn nur zu verletzen, ebenso vorsätzlich handelt, weil er weiß oder zumindest wissen musste, dass auf eine sichere und bestimmte Weise eine Wunde, zumal mit einem Schwert oder einem ähnlichen zum Töten geeigneten Werkzeug, nicht beigebracht werden kann, kann bei dieser Wirkung nicht geleugnet werden, dass ein solcher Tötungswillen hat, weil sein Wille sich auf die Durchbohrung bezieht und auf all das, was sich infolge der vorsätzlichen Durchbohrung unmittelbar ereignet.

29) Erstens ist bekannt, dass derjenige, der sich mit etwas Unerlaubtem abgibt, sich an allem festhalten lassen muss, was über seine Absicht und seinen Willen hinaus folgt, wenn zweifellos die Ursache eine gewöhnliche ist und zum unmittelbar nachfolgenden Delikt tendiert, so dass der Täter wahrscheinlich bedachte oder bedenken konnte oder mindestens dieses bedenken musste, was daraus leicht folgen werde ... Daraus folgern sie (die vorgenannten Autoren) für den, der sich vorgenommen hat, Feuer an ein Haus zu legen, und es auch tut: Wenn infolge des gesagten Feuers andere Häuser verbrannt werden, ist dem Brandstifter alles zuzurechnen, weil offensichtlich der Brand dazu tendiert, sich auf benachbarte Häuser auszudehnen.

30) Wer aber wird leugnen, dass derjenige, welcher (einen anderen) mit dem Schwert in eben dieser Absicht durchbohrt, sich mit etwas Unerlaubtem abgibt, zumal, da er weiß, dass Wunden nicht in bestimmtem Ausmaß zugefügt werden können und dass aus ihnen unmittelbar meistens der Tod folgt ... Mit Rücksicht darauf hat derjenige, der (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, Vorsatz im allgemeinen Sinne; vorsätzlich handelt er nämlich insofern, als er (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, vorsätzlich handelt er auch insofern, als er verwun-

Nach solcher Lektüre wird man kaum noch die folgende Interpretation *Grünhuts* einschränkungslos teilen können: »Die Gedankengänge, die *Carpzov* zur Lösung dieser Aufgabe« – gemeint ist die Erweiterung des Vorsatzbegriffes über die Absicht hinaus – »heranzieht, lassen sich auf den Satz des Kanonischen Rechts zurückführen: *Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto.*«⁶⁵ *Carpzov* betont immer wieder, dass es nur die unmittelbaren und typischen Folgen des mit der Handlung beabsichtigten Effektes sind, die dem Täter als vorsätzlich mitverursacht zugerechnet werden. Er unterscheidet davon bloß zufällige Folgen der Tat. Auch die Beispiele, die er anführt, machen dies hinreichend deutlich. Noch deutlicher wird das im folgenden Zitat von *Boehmer*, in dem auch ausdrücklich auf die Vernunft des Täters Bezug genommen wird und darauf, dass die Rechtsgemeinschaft den nicht geisteskranken Täter zunächst als vernünftigen behandelt.

J. S. F. von Boehmer, *Observationes selectae ad B. Carpzovii practicam, Francofurti 1759.*

Pars I, obs. II, qu. 1, Nr. 62 (S. 2)

Qui enim vult antecedens specificice, non potest nolle consequens, si es praevisum, ac cognitum, quod vulgo, sed abusive necessarium vocatur. Si enim nollet, contraria, et quae commode simul consistere non possunt, vellet, quod non sanae, sed emotae mentis hominis est, quum quilibet sibi constare, et

det und so, indem er verwundet, vorsätzlich die Ursache für den Tod setzt. Dass aber für die Bestrafung von Verbrechen der Vorsatz im allgemeinen Sinne genügt, überliefern ... (es folgen Nachweise).

31) Zweitens: Es scheint nicht allein derjenige willentlich zu töten, der Tötungsabsicht hat, sondern auch der, der durch Verwunden die Ursache für den Tod setzt: Es bezieht sich nämlich der Wille mal auf die Tat des Totschlags direkt und per se, mal indirekt und per Zufall: Direkt bezieht sich der Wille auf den Totschlag, wenn einer Tötungsabsicht hat, und das ist die vollkommene und eigentümliche Bosheit des Totschlags ... Indirekt aber und per Zufall bezieht sich der Wille auf den Totschlag, sooft er sich auf das bezieht, woraus unmittelbar und per se, nicht per Zufall, die Tötung folgt. Denn auf das, was per Zufall folgt, bezieht sich der Wille keinesfalls, weder direkt noch indirekt. Covarruvias ... (es folgen Literaturhinweise). *Thomas (v. Aquin)* erklärt dies, dass nämlich der Grund der Sünde kein direkt willentlicher ist, an diesem Beispiel: Wenn jemand unmäßig Wein trinken will, bezieht sich der Wille dann freilich direkt auf das maßlose Trinken, indirekt aber und per Zufall auf die Trunkenheit, die direkt und unmittelbar aus dem unmäßigen Trinken folgt.

32) Daraus folgt, dass der Wille, einen Totschlag zu begehen, zweifacher Art ist: direkter oder indirekter Art; jenen hat, wer mit Tötungsabsicht jemanden angreift; diesen aber, wer (einem anderen) eine Wunde zufügt, aus der unmittelbar die Tötung folgt. Beide Arten des Willens beziehen sich auf die Tat des Totschlags. Daher verdienen beide Arten des Willens, wenn die Tötung unmittelbar nachgefolgt ist, die für sie vorgesehene Strafe.

65 *Grünhut* (Anm. 62), S. 134.

secundum rectam rationem agere censeatur, quae non probat voluntatem alicujus rei specialem sine speciali et simulatenea voluntate ejus, quod sua natura cum illa re connexum esse solet, hariolari poterat.⁶⁶

Die übliche Interpretation ist also mindestens einseitig, dass es nämlich beim *dolus indirectus* ausschließlich oder auch nur in erster Linie darum gegangen sei, Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, indem man dem Täter einen Willen – verstanden als psychische Befindlichkeit – unterstellt, wenn er ihn, trotz Folter, nicht eingestand. Damit soll nicht ausgeschlossen werden, dass der *dolus indirectus* in praxi in dieser Weise missbraucht werden konnte: Aber sein normativer Grundgedanke ist der, dass der Täter für die Folgen seines Handelns, um die er weiß, voll verantwortlich ist und sich von dieser Verantwortung nicht mit dem Hinweis darauf zurückziehen kann, er habe diese Folgen nicht beabsichtigt oder sonst in irgendeinem Sinne in seinen Willen aufgenommen. Unser heutiger *dolus directus* ist trotz seines gegenteiligen Namens nichts Anderes als der einfachste und eindeutigste Fall des alten *dolus indirectus*.⁶⁷

⁶⁶ Zitiert nach *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 284 (20). Eigene Übersetzung:

Wer aber eine typische Ursache will, kann nicht die Folge nicht wollen, wenn sie vorhergesehen ist, wenn sie bekannt ist, was gewöhnlich aber missbräuchlich als notwendig bezeichnet wird. Wenn er sie nämlich nicht wollte, wollte er das Gegenteil, also etwas, das gewöhnlich nicht zugleich bestehen kann, was ein Zeichen nicht für einen gesunden, sondern einen verrückten Geist des Menschen wäre. Denn ein jeder wird als konsequent und nach rechter Vernunft handelnd angesehen, die nicht den besonderen Willen bezüglich irgendeines Sachverhaltes gelten lässt, ohne den besonderen und gleichzeitigen Willen im Hinblick darauf, was nach seiner Natur mit jenem Sachverhalt verknüpft zu sein pflegt und vorhersehbar werden konnte.

⁶⁷ Für die Abspaltung des *dolus directus* vom alten *dolus indirectus* ist die Position *Grolmanns*, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Bd. 1, 1798, interessant. Er zählt zum Vorsatz nur Absicht und *dolus directus* und begründet die Qualifikation der Fälle, die wir heute dem *dolus eventualis* subsumieren, als Fahrlässigkeit wie folgt (S. 27 ff.): »Hier weiß der Handelnde nicht, daß er das gerade tun müsse, was verboten, das unterlassen, was geboten ist, er weiß es entweder gar nicht, daß er bei dem Streben nach der Erreichung seines Zwecks in die Lage kommen könne, Verbrecher werden zu müssen, oder wenn er es auch weiß, so sieht er es doch nicht, daß dieses notwendig geschehen müsse, er glaubt, weil er einen Weg sieht, auf welchem er, auch ohne Verbrecher zu werden, zum Ziel gelangen kann, er werde auf diesem Weg sicher wandeln können, er entschließt sich also zur Handlung und vergißt nur, alle Sorgfalt anzuwenden, die ihm auf dem bestrebten Weg vor dem Ausgleiten bewahren könnte. Hier ist das Kennzeichen gefunden, welches drei der gefundenen Fälle wieder vereinigt, und den vierten gänzlich von den übrigen absondert. Im ersten Fall (gemeint ist der *dolus directus*) kann man mit Bestimmtheit sagen, zeigt der Handelnde Feindschaft gegen das Gesetz. Dort verdient sein Entschluß den Namen eines Bösen, seine

»Es gibt zahllose Fälle, wo jemand in einer bösen Absicht eine Handlung unternimmt, aus der eine Folge entspringt, deren Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit er voraussah, ohne sie selbst zu wollen. In diesem Fall aber annehmen, dass auch auf den entstandenen Erfolg die Absicht direkt gerichtet gewesen sei, heißt etwas annehmen, was dem Falle selbst geradezu widerspricht und ihn als solchen aufhebt ... Denn daraus, dass der Verbrecher die Folge als möglich vorherieht und doch die Handlung nicht unterlässt, aus der sie entsprungen ist, folgt noch gar nicht, dass er jene Folge selbst gewollt habe, welches auch aus keinen anderen Prämissen erwiesen werden kann.« So die Argumentation *Feuerbachs* in seinem berühmten Aufsatz gegen den dolus indirectus.⁶⁸ Er setzt Vorsatz mit Absicht gleich,⁶⁹ was freilich auch den dolus directus im heutigen Sinne ausschließt, und kann nun leicht zeigen, dass der dolus indirectus in diesem Sinne nicht Vorsatz ist. Damit hat er aber den Grundgedanken der Doktrin vom dolus indirectus gar nicht berührt. Wie aus den obigen Zitaten ersichtlich, hat die gemeinrechtliche Doktrin zwischen Absicht (animus) und dolus streng und sorgfältig unterschieden. Dass sie den dolus auch voluntas nennt und demgemäß auch von voluntas indirecta spricht, hat ihre Fehlinterpretation als psychologische Willentheorie ermöglicht, auf der die ganze Kritik *Feuerbachs* beruht. Aber auch *Feuerbach* wollte nicht alle Fälle, in denen der Erfolg nicht beabsichtigt war, als bloße Fahrlässigkeit beurteilen. Zur Ausfüllung der Lücke zwischen Absicht und Fahrlässigkeit bot er eine dritte Schuldform an, die culpa dolo determinata, die etwa unserem heutigen erfolgsqualifizierten Delikt entspricht.⁷⁰

Mittermaier verwarf auch diese Schuldform und füllte die Lücke zwischen Absicht und Fahrlässigkeit mit Hilfe der Umwandlung des dolus alternativus in unseren heutigen dolus eventualis: »Er umfaßt 1. den sog. eventuellen dolus, wo jemand zunächst einen geringeren Erfolg beabsichtigt, darauf auch sein Handeln einstellt, aber in den schlimmeren Erfolg, wenn es denn nicht anders sein kann, einwilligt, insofern der Täter, nur um den Hauptzweck zu erreichen, den möglichen schwereren Erfolg in seinen Willen aufnimmt.«⁷¹

Schuld ist Bosheit, dolus; hier ist sein Entschluß nur ein gefährlicher (bei welcher Gefahr für das Gesetz zu befürchten ist) und die Schuld, welche er sich dadurch zuzieht, behält schicklich den Namen der bloßen Schuld oder culpa.« *Grolmann* erreicht die Abspaltung des dolus directus vom dolus indirectus also dadurch, dass er die Ungewissheit über den Erfolgseintritt der Unkenntnis der Erfolgsgefahr einfach gleichsetzt.

68 *Feuerbach*, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, Bd. 2, 1800, S. 238, 241.

69 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., hrsg. von *Mittermaier*, 1847 (Neudruck 1973), § 54, §§ 59 f.

70 *Feuerbach* (Anm. 69), § 60; *ders.* (Anm. 68), S. 239 ff.

71 *Mittermaier* (Anm. 69), Anmerkung 1 des Herausgebers zu § 59. Damit soll nicht gesagt sein, dass *Mittermaier* der Schöpfer des dolus eventualis war; näher zur

So oder ähnlich begründet die Rechtsprechung das Willenselement beim *dolus eventualis* bis heute.⁷² Ein deutlicherer Widerspruch zu *Feuerbachs* Willensbegriff ist kaum denkbar. Auf der Strecke geblieben war also nicht die Vorsatzerweiterung über die Absicht hinaus, sondern nur das »immediater et per se sequitui« der gemeinrechtlichen Vorsatzdoktrin.

Auf der Strecke geblieben war aber auch der normative Gehalt der Doktrin vom *dolus indirectus*, den diese noch nicht deutlich genug von psychologisch-naturalistischen Begründungen zu trennen vermochte. Nun, als man dies konnte und damit am Scheideweg zwischen einer normativen und einer psychologischen Konzeption des Vorsatzes stand, fiel die Entscheidung für die Psychologie. *Grossmann* bezeichnet es als die Tragödie des *dolus indirectus*, dass auch er sich von nun an im Gewande einer Willenstheorie präsentierte.⁷³ Aber auch die als inhaltlich orientierte Vorsatzbestimmung in seiner unmittelbaren Nachfolge stehende Wahrscheinlichkeitstheorie strebte mehr nach psychologischer als nach normativer Rechtfertigung der Wahrscheinlichkeitsvorstellung als Vorsatzkriterium. Die Gleichgültigkeit gegenüber dem fremden Rechtsgut oder seine Geringschätzung, die den erhöhten Schuldvorwurf der Vorsätzlichkeit ausmachen sollte, wurden nicht schon darin gesehen, dass der Täter trotz der Erkenntnis der Wahrscheinlichkeit der Verletzung gehandelt hatte. Die Wahrscheinlichkeitsvorstellung fungierte nur als allerdings zwingendes Indiz für die als psychischer Befund verstandene Gleichgültigkeit oder Geringschätzung.⁷⁴ Aber auf dem Felde der Individualpsychologie waren die Willenstheorien der Wahrscheinlichkeitstheorie überlegen. Denn sie konnten ihr leicht nachweisen, dass ihr Schluss von der Wahrscheinlichkeitsvorstellung auf die Missachtung psychologisch anfechtbar war, weil er irrationale Konfliktverarbeitungsmechanismen wie leichtsinnige Verdrängungen und unrealistische Hoffnungen außer Acht lässt.⁷⁵

Zugleich verzichtete die Wahrscheinlichkeitstheorie auf das klassifikatorische Potential und die Anschaulichkeit des alten *dolus indirectus* zugunsten scheinrationaler Abstraktion und Quantifikation des Gefahrbegriffs. So wurde aus dem immediater et per se sequitur der stufenlos steigerbare quantitati-

Entwicklungsgeschichte des *dolus eventualis*, insbesondere zur Willenstheorie, *Grossmann* (Anm. 7), S. 55 ff.; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 129 f.

72 Vgl. RGSt 67, 424; BGHSt 7, 363, 369.

73 *Grossmann* (Anm. 7), S. 47.

74 *Lacmann*, ZStW 31 (1911), S. 162; *ders.*, GA 58 (1911), S. 114, 123 ff.; *Grossmann* (Anm. 7), S. 32 ff.; *Hellmuth Mayer* (Anm. 7), S. 252; *Sauer* (Anm. 7), S. 179.

75 Vgl. vor allem *Engisch* (Anm. 11), S. 209 ff.; *Roxin*, JuS 1964, 60; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 56; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 60 ff.; *Wolter* (Anm. 1), S. 178, 192; *Rudolphi*, in: SK StGB, § 16 Rn. 41; *von Hippel*, ZStW 31 (1911), S. 572; *von Liszt*, ZStW 30 (1910), S. 260; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rn. 35; *Feuerbach* (Anm. 68), S. 237 f.

ve Begriff der Wahrscheinlichkeit, der als einziges Vorsatzkriterium nicht nur deshalb inakzeptabel war, weil er in der Praxis nicht valide ist, sondern auch deshalb, weil es theoretisch unerträglich ist, den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit als rein quantitativen zu erklären.

Aber der Ausweg in die Willenspsychologie hat sich mittlerweile ebenfalls als Sackgasse erwiesen. Was bei *Feuerbach* als wesentliche Einschränkung des Vorsatzes begann, hat am Ende, mindestens theoretisch, zu einer gewaltigen Erweiterung geführt. *Feuerbachs* Ablehnung des dolus indirectus hatte sich im Ergebnis nur auf dessen Erfordernis des immediater et per se sequere ausgewirkt, nicht auf die in ihm enthaltene Zurechnung nicht beabsichtigter Handlungsfolgen zum Vorsatz. Für die Willentheorien und auch für die neuen Vorstellungstheorien unterscheiden sich vorsatzbegründendes Wissen und (bewusste) Fahrlässigkeit begründendes Wissen ihrem Inhalt nach nicht mehr. Als Ersatz für die Absicht traten an die Stelle des immediater et per se sequitur verschiedene psychische Begleitumstände, die, wie wir gesehen haben, keinen bestimmenden Einfluss auf das Täterverhalten zu haben brauchen.

Die inhaltliche Bestimmung dieser psychischen Begleitumstände ist heillos streitig geworden. Die verschiedenen Bestimmungsvorschläge sind mehr oder weniger zweifelhaften Sinns. Die Unterscheidungen psychischer Befindlichkeiten, auf die sie sich stützen, sind weder experimentalpsychologisch verifizierbar, noch im Einzelfall mit forensischen Mitteln wirklich zu beweisen.

Aber trotz aller Unklarheiten und Differenzen haben die verschiedenen vorgeschlagenen Willenssurrogate eines gemeinsam: Für die Absicht sind sie, gerade auch phänomenologisch-psychologisch betrachtet, ein ziemlich kläglicher Ersatz. Das Billigen im Rechtssinne, Sich-damit-Abfinden, Den-Erfolgseintritt-als-möglich-Beurteilen oder Dies-für-sich-so-Sehen und was sonst an »Formeln« für den dolus eventualis vorgeschlagen wird, es hat nicht nur in seinem normativen Gewicht als Verletzung des Geltungsanspruchs des fremden Rechtsguts, sondern auch als rein tatsächlicher psychologischer Befund betrachtet, wenig gemeinsam mit dem entschlossenen und zielstrebigem Ins Werksetzen des Erfolges, das im Rechtssinne die (als Versuch strafbare) Absicht und im Alltagssprachlichen Sinne den Willen ausmacht. So hat uns der Psychologismus in ein inhaltlich unklares, in seiner Anwendung unsicheres und manipulierbares und normativ schwach legitimes Gesinnungsstrafrecht geführt.

Einwände gegen eine Konzeption des Vorsatzes als Wissen um eine qualifizierte Gefahr

Gegen die klassische Wahrscheinlichkeitstheorie sind einige Einwände erhoben worden, die jeder Konzeption des Vorsatzes als Wissen entgegen-

gehalten werden könnten. Mit einem von ihnen können wir uns nach dem heutigen Stand der Zurechnungsdogmatik kurz fassen, obwohl er bis heute immer wieder erhoben wird: Ein Willenselement oder Einstellungselement des Vorsatzes soll notwendig sein, um nicht denjenigen wegen vorsätzlicher Verletzung zu bestrafen, der wissentlich eine große Gefahr für ein Rechtsgut begründet, um einer noch größeren zu steuern. Der Wahrscheinlichkeitstheorie wird vorgeworfen, sie müsse beispielsweise den Arzt, der eine lebensgefährliche, aber gleichzeitig vital indizierte Operation vornimmt, wegen vorsätzlicher Tötung oder Tötungsversuchs strafen, weil er um die Gefährlichkeit seines Eingriffs weiß.⁷⁶ Es wäre schlimm um dieses Problem bestellt, wenn tatsächlich ein Willens- oder Gesinnungselement des Vorsatzes *sedes materiae* wäre. Dann könnte nämlich der Arzt, auch wenn er einwandfrei diagnostiziert und perfekt operiert hat, dem Vorwurf versuchter oder vollendeter vorsätzlicher Tötung nicht entgehen, wenn er den Tod des Patienten wünscht, sei es, dass er, wie phantasielose Lehrbuchkriminelle zu tun pflegen, ein Verhältnis mit dessen Frau angefangen hat, sei es, dass er im Wissen um die ihm bevorstehenden Qualen dem Patienten die Art von Leben nicht wünscht, die ihm nach gelungener Operation noch bleiben würde. In Wahrheit handelt der Arzt, was immer er wünscht und denkt, rechtmäßig,⁷⁷ vorausgesetzt, er hat sich über die Größe der von ihm verursachten Gefahr für das Leben des Patienten ein vollständiges Bild gemacht, sie nicht verdrängt, sondern im Sinne der Erfolgsmöglichkeit geurteilt, dies für sich so gesehen und sich zu eigen gemacht und die Gefahr in jedem Sinne des Wortes ernst genommen.

Ein klassischer Einwand gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie trifft den normativen Vorsatzbegriff von vornherein nicht: dass der Schluss von einer Vorstellung hoher Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts auf eine psychische Verfassung der Gleichgültigkeit oder Missachtung im Sinne der empirischen Psychologie falsch sei.⁷⁸ Denn weder ist die quantitative Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts nach der Tätervorstellung das einzige Indiz für das gesuchte Vorsatzurteil, noch besteht dies in der Feststellung oder auch Zuschreibung einer psychischen Befindlichkeit des Täters, genannt Gleichgültigkeit oder Missachtung. Nicht was der Täter bei seiner Tat fühlt, sondern was er in ihr verwirklicht, ist die Gleichgültigkeit oder Missachtung, die ihm vorzuwerfen ist. Wie gezeigt, war es gerade der »Sündenfall« der Wahr-

76 von Liszt, ZStW 30 (1910), S. 261; von Hippel, ZStW 31 (1911), S. 572; Blei, Allg. Teil, S. 116; Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rn. 35; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 75.

77 Hellmuth Mayer (Anm. 7), S. 253; Roxin, JuS 1964, 58; Schröder, FS Sauer, 1949, S. 242 f.; Schmidhäuser, JuS 1980, 243; Weigend, ZStW 93 (1981), S. 667 f.; vgl. auch Stratenwerth, ZStW 71 (1959), S. 66; Jakobs, Allg. Teil, 8/24.

78 Vgl. die Nachweise in Anm. 70.

scheinlichkeitstheorie und des *dolus indirectus*, sich von der Willenstheorie auf das Feld der Individualpsychologie locken zu lassen.

Mit der Funktion der Höhe der vorgestellten Erfolgswahrscheinlichkeit als einzigem Vorsatzindiz hängt ein weiterer Einwand zusammen: Da die Wahrscheinlichkeit, verstanden als quantitativer Begriff, stetig steigerbar ist, lässt sich eine Scheidelinie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allein anhand dieses Kriteriums nicht ziehen,⁷⁹ gleichgültig, ob man es als Begriffsmerkmal des Vorsatzes ansieht oder nur als einziges und zwingendes Indiz für das Begriffsmerkmal. Aber der Wahrscheinlichkeitsgrad nach der Tätervorstellung ist auch nicht das einzige Indiz, sondern es sind alle inhaltlichen Eigenschaften der Tätervorstellung verwertbar, die bisher in der Vorsatzdiskussion vorgeschlagen worden sind: die Anschaulichkeit des Gefahrbildes, das unmittelbare Bevorstehen der Verwirklichung, die mehr oder weniger geringe Beherrschbarkeit des weiteren Verlaufs durch Maßnahmen des Täters oder Dritter nach der Tat (also das, was *Herzberg* die Abgeschirmtheit der Gefahr genannt hat) und schließlich auch das in gewissem Sinne berechnete oder völlig unberechnete Vertrauen des Täters in seine eigenen Fähigkeiten zur Vermeidung des Erfolgs und seine Bereitschaft, sie einzusetzen (also der Vermeidewille im Sinne *Kaufmanns*). In der Verwertung von Indizien unterscheidet sich die vorliegende Konzeption von den Willenstheorien nur dadurch, dass sie es ablehnt, an dieser Stelle, also beim Vorsatzurteil, auf konstitutions- oder situationsbedingte irrationale Verarbeitungsmechanismen des Täters einzugehen, um seine wirkliche psychische Verfassung festzustellen. Angesichts der Schwierigkeiten der begrifflichen Bestimmung und tatsächlichen Ermittlung dieser psychischen Verfassung kann dieser Verzicht jedenfalls nicht mit dem Argument angegriffen werden, er führe im Vergleich zu den Willenstheorien zu mehr Unsicherheit der Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Seiner Konzeption nach ist der normative Vorsatzbegriff genauso ein klassifikatorischer wie der psychologische Vorsatzbegriff der Willenstheorien. Die Frage ist mit ja oder nein zu beantworten, ob unter den dem Täter bekannten oder irrig von ihm angenommenen Bedingungen ein vernünftiger, nach *Maximen* handelnder Mensch die Handlung des Täters nur dann vornehmen würde, wenn seine *Maxime* wäre: Der Erfolg soll sein oder mindestens darf sein. Unleugbar gibt es Grenzfälle von Gefahrvorstellungen, deren Einordnung unter dieser Fragestellung zweifelhaft ist, aber das ist das tägliche Brot des Juristen. Introspektion und Interpretation des Täterverhaltens anhand seiner äußeren Kriterien muss auch die Willenstheorie treiben, weil es andere Methoden zur Ermittlung der für sie maßgeblichen inneren Tatsachen

⁷⁹ *Cramer*, in: *Schönke/Schöder*, § 15 Rn. 76; *Ziegert* (Anm. 1), S. 107; *Jescheck*, AT, S. 231; *Herzberg*, JuS 1986, 251; *Jakobs*, AT, 8/23 Fn.47; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 62.

nicht gibt. Der Unterschied ist der, dass die Projektion auf den individuellen Täter erfolgt und nicht auf eine Maßfigur des vernünftigen und konsequent nach Maximen handelnden Menschen. Im Vergleich zur herrschenden Lehre wird also die Zahl der Zweifelsfälle durch den Paradigmenwechsel nicht erhöht, sondern verringert.

Deutlicher ist der Gewinn an Klarheit durch diesen Paradigmenwechsel für eine andere Unterscheidung: die zwischen Tat- und Rechtsfrage bei Feststellung des Vorsatzes. Insbesondere in der Rechtsprechung ist völlig unklar, wo bei der Lösung dieser Aufgabe die Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts endet und es die Feststellungen des Tatgerichts zugrunde legen muss, und ebenso, was ein Tatgericht zur Entscheidung dieser Frage in der Urteilsbegründung an Tatsachen anführen muss, um den Anforderungen des § 267 Abs. 1 StPO zu genügen.⁸⁰ Der Grund dafür besteht darin, dass der Begriff des Billigens im Rechtssinne, so wie die Rechtsprechung ihn verwendet, keinen oder nur einen schwankenden Sinn hat. Der Sinn des Rechtsbegriffes ist aber unter anderem auch erforderlich, um die Feststellung der Subsumierbarkeit von Tatsachen unter diesen Begriff von diesen Tatsachen selbst zu unterscheiden. Bei Anwendung des normativen Vorsatzbegriffes bestehen die zu subsumierenden Tatsachen ausschließlich in den Vorstellungen des Täters über Größe und Qualität der von ihm verursachten Gefahr; im Übrigen ist das Vorsatzurteil Rechtsfrage. Der Richter, nicht wie beim psychologischen Vorsatzbegriff der Täter, hat darüber zu entscheiden, ob die Gefahr, die der Täter wissentlich verursacht oder irrtümlich angenommen hat, eine Vorsatzgefahr oder eine Fahrlässigkeitsgefahr ist. Damit ist die Scheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage die denkbar klarste und schärfste.

Ein voluntatives Vorsatzelement soll auch nötig sein, um zwischen Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz unterscheiden zu können.⁸¹ Diese Unterscheidung lässt sich nach der vorliegenden Theorie schon anhand der quantitativen Wahrscheinlichkeit treffen. Für den Gefährdungsvorsatz genügt eine bedeutend geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolgesintritts, als sie für den *dolus eventualis* erforderlich ist. Das zeigen schon die geläufigen Beispiele konkreter vorsätzlicher Gefährdung im Straßenverkehr. Wer in ange-trunkenem Zustand oder bei zu hoher Geschwindigkeit in eine befahrene Kreuzung einfährt, einem anderen Kraftfahrer die Vorfahrt oder einem Fußgänger am Zebrastreifen den Vortritt nimmt, wer einen anderen in riskanter Weise überholt oder schneidet, wird oft das Wissen und damit auch den Vorsatz haben, den anderen konkret in Gefahr zu bringen. Aber eine Vorsatzgefahr ist dies in aller Regel nicht, so dass man kein Willenselement, Billi-

⁸⁰ Puppe, *NStZ* 1987, 363.

⁸¹ Köhler (Anm. 3), S. 288; Küpper, *ZStW* 100 (1988), S. 774; Herzberg, *JuS* 1986, 257.

gungserfordernis oder eine besondere Form des Wissens braucht, um darzutun, dass der Autofahrer keinen Verletzungsvorsatz hat.

Ernster zu nehmen ist der Einwand, dass bei einer allein an der Vorstellung des Täters orientierten Vorsatzkonzeption kein Raum mehr für die erfolgsqualifizierten Delikte bleibt. Auch diese gehen ja offenbar auf den alten dolus indirectus und die culpa dolo determinata zurück.⁸² In der gemeinrechtlichen Literatur ist die Körperverletzung mit tödlicher Folge geradezu das Standardbeispiel des dolus indirectus. Die Bemühungen in neuerer Zeit, die Haftung nach den erfolgsqualifizierten Delikten über das Fahrlässigkeitserfordernis des § 18 StGB hinaus durch ein Unmittelbarkeitserfordernis einzuschränken,⁸³ erscheinen auf den ersten Blick geradezu als Renaissance des immediater et per se sequitur. Man kann aber aus den Beispielen entnehmen, dass das immediater et per se sequitur noch deutlich enger verstanden wurde als das Unmittelbarkeitserfordernis der neueren Lehren zur Einschränkung der erfolgsqualifizierten Delikte, auch wenn dieses Erfordernis in seinem Inhalt umstritten und unklar ist.

Da es dabei um die Bestimmung einer für das betreffende erfolgsqualifizierte Delikt typischen Gefahr gehen soll, unterscheidet sich der Inhalt dieses Unmittelbarkeitserfordernisses bei den verschiedenen erfolgsqualifizierten Delikten, was hier nur beispielhaft belegt werden kann. Bei der Brandstiftung mit Todesfolge wird der Unmittelbarkeitszusammenhang nicht dadurch unterbrochen, dass das Opfer selbst durch einen gewagten Fluchtversuch vor den Flammen zu seinem Tod beiträgt.⁸⁴ Bei der Körperverletzung ist das aber nach ganz herrschender Lehre der Fall.⁸⁵

Eine Vorsatzgefahr begründen die verschiedenen Unmittelbarkeitserfordernisse der erfolgsqualifizierten Delikte noch nicht ohne weiteres. Da eine detaillierte Untersuchung aller erfolgsqualifizierten Delikte hier nicht geleistet werden kann, kann auch dies nur beispielhaft dargetan werden. Die Beziehung zwischen Grunddelikt und Todesfolge ist für eine Haftung des Täters nach § 226 StGB hinreichend unmittelbar, wenn der Täter durch einen tiefen Stich in den Arm mit einem schmutzigen Messer eine tödliche Sepsis verursacht hat. Aber wenn er auch an diese Möglichkeit gedacht hat, hatte er noch

82 von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 380 f.; Küpper (Anm. 63), S. 16 ff.; Paeffgen, in: AK-StGB, Vor § 18 Rn. 4 f.; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 18 ff.

83 Dazu Geilen, FS Welzel, 1974, S. 655 ff.; Küpper (Anm. 63), S. 80 ff. und passim; Hirsch, in: LK, § 226 Rn. 4; zusammenfassend Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rn. 23 ff.; Lackner, StGB, § 18 Anm. 4.

84 RGSt 40, 321, 324; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 307 Rn. 5; Horn, in: SK StGB, § 307 Rn. 3; Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rn. 69; Schroeder, in: LK, § 18 Rn. 18; Jakobs, Allg. Teil, 9/36.

85 BGH NJW 1971, 152; Hirsch, in: LK, § 226 Rn. 4; Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rn. 72; Schroeder, in: LK, § 18 Rn. 18.

nicht das Bewusstsein einer Vorsatzgefahr. Die Vorstellung, dass eine tiefe Wunde mit einem nicht gereinigten Werkzeug eine tödliche Sepsis auslösen kann, macht die Verletzungshandlung noch nicht zum eindeutigen Ausdruck der Maxime, dass man andere Menschen oder dass man jetzt diesen anderen Menschen nicht nur verletzen, sondern auch töten darf. Es versteht sich, dass nach § 16 StGB eine vorsätzliche Verursachung des qualifizierenden Erfolges jedenfalls dann ausscheidet, wenn dem Täter diese Möglichkeit nicht bewusst war, mag die objektive Ursachenbeziehung zwischen Grunddelikt und qualifizierender Folge auch noch so eng sein.

Die Existenz der erfolgsqualifizierten Delikte bringt aber für den normativen Vorsatzbegriff nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern auch eine Bestätigung. Sie zeigt, dass das Maß der Verantwortung eines Täters für einen von ihm herbeigeführten Erfolg wesentlich von der objektiven Qualität der ihm bewussten Gefahrenfaktoren abhängt. Dass der Gesetzgeber trotz aller Kritik⁸⁶ die erfolgsqualifizierten Delikte nicht nur beibehalten, sondern sogar vermehrt hat,⁸⁷ zeigt, dass die Zweiteilung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allein anhand der Position oder Negation eines einzigen vorsatzbegründenden Elements nicht genügt, zumal dann nicht, wenn dieses Element nur die Gesinnung des Täters charakterisiert. Für die praktisch bedeutsamsten und normativ schwerwiegendsten Erfolge des Strafrechts, die Tötung und die schwere Körperverletzung, schaffen die erfolgsqualifizierten Delikte insgesamt betrachtet eine Zwischenstufe der Schuld, eine Art *culpa dolo determinata*. Nimmt man diese Delikte insgesamt, so decken sie einen großen und praktisch wichtigen Bereich typischer Verletzungsgefahren ab. Bestimmt ist diese Verschuldensform der *culpa dolo determinata* durch die objektiven Qualitäten der vom Täter wissentlich verursachten Gefahr, die auch für den normativen Vorsatzbegriff maßgebend sind.

Ein weiterer Einwand kann nur *de lege ferenda* erhoben werden, weil ihm § 16 StGB entgegensteht. Ist es nicht inkonsequent, das sog. Willenselement des Vorsatzes zu normativieren und zu generalisieren, das Wissenselement aber weiterhin als Faktum in der Psyche des einzelnen Täters zu suchen? Es wäre denkbar, mit dem Tatbestandsirrtum so zu verfahren, wie es § 17 StGB mit dem Verbotsirrtum tut.⁸⁸ Entscheidend wäre danach nicht mehr, ob dem Täter eine Vorsatzgefahr bewusst war, sondern ob ihm eine hätte bewusst sein müssen. Die Konsequenzen, nicht nur für die Irrtumslehre, sondern für den gesamten Allgemeinen Teil des Strafrechts wären einschneidend: Die

86 Alternativ-Entwurf StGB, Bes. Teil, 1. Halbband, 1970, S. 45; *Schubarth*, ZStW 85 (1973), S. 768 f., 772 ff., 775; *Lorenzen* (Anm. 63), S. 34 ff., 86 ff., 164 ff.; *Stratenwerth*, Schweizer Strafrecht, Bes. Teil I, 3. Aufl. 1983, § 2 Rn. 50.

87 Beispielsweise durch das 11. und 12. StrRÄndG vom 16.12.1971 um die §§ 239a Abs. 2, 239b Abs. 2, 316c Abs. 2; vgl. ausführlich zur neueren Gesetzgebung *Renigier* (Anm. 82), S. 79 ff.

88 *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 529 mit Fn. 17; *ders.*, Allg. Teil, 8/5 a, 6.

Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch, Täterschaft und Beihilfe, die sog. subjektiven Rechtfertigungselemente hätten nicht mehr an das anzuknüpfen, was der Täter weiß, sondern an das, was er seiner sozialen Rolle nach wissen müsste. Dieser einschneidende Schritt liegt aber nicht unbedingt in der Konsequenz des hier vertretenen Vorsatzbegriffs. Nicht nur im Strafrecht, sondern auch in der sonstigen sozialen Kommunikation beurteilen wir den anderen nicht nur nach dem, was er seiner sozialen Rolle nach wissen müsste, sondern auch nach dem, was er bei Ausführung seiner Handlung tatsächlich weiß. Das Wissenserfordernis als psychologisches Faktum ist im Gegensatz zum sog. Willenselement des Vorsatzes seinem Inhalt nach weitgehend unstrittig und hinreichend klar bestimmt. Es ist als psychologisches Faktum, wiederum im Gegensatz zum Willenselement des Vorsatzes, auch nachträglich für den Täter selbst und im günstigen Fall auch für Dritte hinreichend zuverlässig rekonstruierbar, um für den Partner des sozialen Kontakts wie für den Richter eine Beurteilungsgrundlage abzugeben, die nicht allzu anfällig gegen Projektionen und Manipulationen ist. Bis zum Wissen dringen wir im sozialen Kontakt in die Psyche des anderen vor. Eine Normativierung auch des Wissenselements des Vorsatzes würde sich allzu weit von dem allgemeinen Standard gegenseitiger Beurteilung entfernen.

Zwar kann man sich skandalöse Fälle unbewusster Fahrlässigkeit vorstellen, in denen man den Täter nicht mit der Einlassung entlasten möchte, er habe an die Erfolgsmöglichkeit gar nicht gedacht, weil gerade das Ausdruck tiefster Gleichgültigkeit gegenüber fremden Rechtsgütern ist. *Jakobs* bildet den Fall eines Terroristen, der, ohne an eine Verletzungs- oder Tötungsmöglichkeit zu denken, auf einen Polizisten zurast, weil ihm »das Leben eines Polizisten nicht bedenkenswert« ist. Dieser Täter sei keineswegs milder zu beurteilen als sein Genosse, der das Gleiche tut und dabei an die Möglichkeit der Verletzung oder Tötung des Polizisten denkt.⁸⁹ Aber das wäre nicht der Standardfall des Vorsatzes, wenn man das Wissenselement normativieren würde. Denn hier kennt der Täter alle Einzeltatsachen, die die Vorsatzgefahr begründen, er zieht nur daraus nicht den sich aufdrängenden Schluss.⁹⁰ Der

89 *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 529; *ders.*, Allg. Teil, 8/5 a.

90 Auf den Fall, dass der Täter, der vorsätzlich verletzte, die die Lebensgefahr begründenden Tatsachen kannte und der Schluß auf die Lebensgefahr sich ihm aufdrängte, bezog sich auch das viel gescholtene »cogitare debeat« bei *Carpzov*; vgl. das Zitat S. 248, Rz. 29. Es wird *Böhmer* als großes Verdienst zugeschrieben, klargestellt zu haben, dass das cogitare debeat nicht genügt, sondern Wissen um die Erfolgsmöglichkeit für dolus erforderlich ist; *Löffler* (Anm. 62), S. 172; *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 252; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 125. Das betrifft nicht die Kenntnis von Einzeltatsachen, sondern das Bedenken (cogitare) allgemein bekannter Erfahrungsregeln. Auch die Doktrin vom dolus indirectus hat nie generell das scire debere dem Wissen gleichgestellt; *Dohna*, ZStW 32 (1911), S. 331 f.; *Klee* (Anm. 63), S. 17, 19; *Grossmann* (Anm. 7), S. 38; *Küpper* (Anm. 63), S. 18.

Standardfall wäre der, dass dem Täter schon die Gefahrenfaktoren unbekannt bleiben, er sie aber bei sorgfältigem, seiner Rolle gemäßigem Vorgehen hätte erkennen können. Ob die psychischen Gründe dafür, dass er sie nicht erkannt hat, mehr oder weniger verwerflich waren, ist naturgemäß gleichgültig. Ein Beispiel für vorsätzliche Tötung wäre etwa der Jäger, der, durch schwere Gedanken oder durch ein plötzliches Ereignis abgelenkt, das Signal »Hahn in Ruh« nicht zur Kenntnis genommen hat. Er denkt deshalb gar nicht an die Möglichkeit, dass sich in dem Busch, auf den er schießt, ein Mensch befinden könnte. Tatsächlich befindet sich aber darin ein nach seiner Brille suchender Jagdgenosse, den er tödlich trifft. Ein sorgfältiger Jäger hätte das Signal »Hahn in Ruh« hören müssen und dann wissen müssen, dass seine Jagdgenossen nun ihre Hochsitze verlassen und sich auf dem Waldboden aufhalten. Der Schuss auf einen sich bewegendem Busch bedeutet unter diesen Voraussetzungen eine Vorsatzgefahr. Würden wir das Vorsatzurteil nach dem richten, was der Täter seiner sozialen Rolle nach hätte wissen müssen, nicht nach dem, was er wusste, so würde dieser Jäger wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt. So urteilen wir nicht. Deshalb müssen wir uns mit einigen wenigen skandalösen Fällen abfinden, in denen wir den Täter deshalb nicht wegen Vorsatzes verurteilen können, weil er aus Gleichgültigkeit die Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht zur Kenntnis genommen hat, obwohl sie sich ihm geradezu aufdrängte.

Absicht und dolus eventualis

Die Konzeption des *dolus eventualis* als Wissen um eine qualifizierte Gefahr ist eine Fortentwicklung des Grundgedankens des *dolus directus*; wie aber vereinbart sie sich mit der Vorsatzform der Absicht? Ein Einwand gegen die klassische Wahrscheinlichkeitstheorie ist der, dass sie konsequenterweise auch bei der Absicht eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs eintritts fordern müsste und den Täter, der den Erfolg mit weniger aussichtsreichen Mitteln anstrebt, nur wegen Fahrlässigkeit bestrafen könnte. Die Absicht, also gewissermaßen die Urform des Vorsatzes, zeige gerade, dass der Vorsatz wesentlich von der inneren Einstellung des Täters zum Erfolg geprägt sei.⁹¹

Aber der Vergleich der Wahrscheinlichkeiten zwischen Absicht und *dolus eventualis* ist bei diesem Einwand falsch angesetzt. Die Wahrscheinlichkeit beim *dolus eventualis* ist ja ebenso wie die Gewissheit beim *dolus directus* keine absolute, sondern knüpft an eine außertatbestandliche Absicht des Täters an. Sie besteht nur für den Fall, dass der Täter ein bestimmtes von ihm angestrebtes Ziel, und sei es die erste Körperbewegung, erreicht. Absolut kann die Erfolgsgefahr bei *dolus eventualis* und auch bei *dolus directus* wie

⁹¹ Ziegert (Anm. 1), S. 107; Schumann, JZ 1989, 431; Engisch (Anm. 11), S. 152 ff., 165; Herzberg, JuS 1986, 251; Baumann/Weber, Strafrecht, Allg. Teil, S. 401 f.; Otto, AT, 3. Aufl. 1988, S. 92 f.

bei der Absicht viel geringer sein als eine Vorsatzgefahr im oben dargestellten Sinne.⁹²

Die Vorsatzgefahr hat nur wie die Wissentlichkeit beim dolus directus 2. Grades die Funktion, den nicht beabsichtigten Erfolg mit der Absicht des Täters ausreichend eng zu verknüpfen, so dass sein Verhalten als Ausdruck einer der tatbestandlichen Bestimmungsnorm widersprechenden Handlungsmaxime interpretiert werden kann. Bei der Absicht (dolus directus) geht der Wille direkt auf den tatbestandlichen Erfolg, so dass es dieses Verbindungsgliedes nicht bedarf. Insofern, als es immer noch um eine Verknüpfung mit dem tatsächlichen Willen des Täters geht, ist die Bezeichnung »Willenselement des Vorsatzes« nach wie vor richtig. Aber es geht nicht um die Begründung dafür, dass ein Wille vorliegt, sondern um die Zurechnung eines nicht gewollten Ergebnisses aufgrund eines Willens. Insofern ist der alte Ausdruck voluntas indirecta sicher falsch, nicht aber der Ausdruck dolus indirectus.

Beim dolus eventualis sind also zwei verschiedene Gefahurteile zu unterscheiden, die beide aus der Perspektive des Täters ex ante zu fällen sind: das erste betrifft die Frage, ob die vom Täter, wirklich oder vermeintlich, gesetzte Gefahr des Erfolgsintritts groß genug ist, um überhaupt irgendeine Form des Vorsatzes zu begründen und ihm den Erfolg gegebenenfalls als vorsätzlich verursacht zuzurechnen. Dabei ist zu verknüpfen die Chance, dass der Täter sein Ziel erreicht, mit der Gefahr, dass diese Zielerreichung den strafbaren Erfolg verursacht. Die sich daraus ergebende Wahrscheinlichkeit des Erfolgsintritts kann also sehr viel geringer sein als die zuletzt genannte Gefahr für sich genommen. Einfacher ausgedrückt ist dies diejenige Gefahr, die nach der (richtigen oder falschen) Vorstellung des Täters überhaupt für das Rechtsgutobjekt entsteht, sofern er handelt. Nennen wir sie die absolute Vorsatzgefahr.

Die zweite Gefahr ist die, die für das Rechtsgutobjekt entsteht, wenn der Täter ein angestrebtes Ziel erreicht. Das ist die relative Vorsatzgefahr oder Dolus-eventualis-Gefahr. Sie entspricht der Gewissheit beim dolus directus. Beim dolus directus hat man inzwischen gelernt, zwischen diesen beiden Gefahren zu unterscheiden. Deshalb ist auch die früher übliche Begründung für den dolus directus 2. Grades, dass hier die Erfolgsgewissheit das im Vergleich zur Absicht bestehende Manko an Willen ausgleiche,⁹³ selten geworden. Prinzipiell in gleicher Weise muss auch beim dolus eventualis unterschieden werden zwischen der absoluten Vorsatzgefahr und der relativen Gefahr, die den dolus eventualis begründet.

⁹² Jakobs, Allg. Teil, 8/18.

⁹³ So aber noch *Haft*, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1990, S. 150, 151; vgl. auch *Zielinski*, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rn. 70; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 166, 268.

Zusammenfassung

Die heute vertretenen Willens- und Vorstellungstheorien des *dolus eventualis* leiden unter dem gemeinsamen Fehler, den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließlich abhängig zu machen von einem bloßen psychischen Begleitphänomen der Tat. Ein bloßes Begleitphänomen ist das, wie auch immer bestimmte, Element in zweierlei Hinsicht: Erstens braucht es keinen aufweisbaren Einfluss auf die Entscheidung des Täters für die Gefährdung des Rechtsguts zu haben; darüber besteht seit Aufgabe der sog. ersten *Frank'schen* Formel Einigkeit. Zweitens ist das Element theoretisch und weitgehend auch praktisch unabhängig vom Inhalt der Gefährdungsentscheidung, d. h. vom Ausmaß und der Qualität der Gefahr, der der Täter das Rechtsgut auszusetzen beschließt. Abgesehen vom Grenzfall der Erfolgsgewissheit ist jede Gefahrvorstellung sowohl vereinbar mit dem Element, das Vorsatz begründet, als auch mit dem, das Vorsatz ausschließt.

Dass dieses Element seinem Inhalt nach unklar und heillos streitig, theoretisch nicht aufweisbar und dem forensischen Beweis weitgehend unzugänglich ist, woraus eine an Beliebigkeit grenzende Unsicherheit seiner Handhabung resultiert, ist nicht einmal der stärkste Einwand gegen die psychologischen Vorsatztheorien. Dieser besteht vielmehr darin, dass jene Verdrängungsleistungen in der kognitiven oder gefühlsmäßigen Verarbeitung der vom Täter erkannten Gefahr, die nach diesen Theorien den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmachen sollen, diesen Wertungsunterschied nicht rechtfertigen. Es ist schon zweifelhaft, ob solche Verdrängung dem Täter überhaupt durchgängig als Milderungsgrund zugute kommen soll; sicherlich trägt sie aber nicht den Unterschied zwischen Vorsatzunrecht und Fahrlässigkeitsunrecht.

Dieser Unterschied kann nur im Inhalt der falschen Konfliktentscheidung des Täters gesucht werden, d. h. in Quantität und Qualität der Gefahr, die er wissentlich und willentlich für das Rechtsgutsobjekt schafft. Wie er selbst diese Fehlentscheidung psychisch verarbeitet, ob er dabei größere oder kleinere innere Widerstände zu überwinden hat und auf welche Weise er dies tut, interessiert die Rechtsgemeinschaft, wenn überhaupt, nur unter dem Gesichtspunkt der Tatgesinnung als Schulselement. Man kann den *dolus eventualis* zwar dahin beschreiben, dass der Täter sich für die Rechtsgutsverletzung entschieden hat, oder sogar, dass er sie billigend in Kauf genommen hat, aber nicht in dem Sinne, dass damit eine den Entschluss zur Gefährdung begleitende psychische Befindlichkeit beschrieben und selbständig festgestellt werden soll. Beschrieben wird damit vielmehr der Ausdruckswert, den die Entscheidung und die Handlung des Täters selbst dadurch gewinnen, dass der Täter als kompetenter Partner in der Rechtsgemeinschaft angesehen wird, und somit als ein nach *Maximen* handelndes Vernunftwesen. Das Verhalten

des Täters ist dann Ausdruck seiner Entscheidung für den Erfolg, wenn die Gefahr, die er (wissentlich oder vermeintlich) für das Rechtsgut schafft, von solcher Quantität und Qualität ist, dass ein Vernünftiger sie nur unter der Maxime eingehen würde, dass der Verletzungserfolg sein soll oder doch mindestens sein darf.

Ob eine festgestellte Gefahrvorstellung des Täters eine in diesem Sinne vorsatzbegründende Gefahr enthält (wir haben sie relative Vorsatzgefahr oder *Dolus-eventualis*-Gefahr genannt), ist nicht Tatfrage, sondern Rechtsfrage. Wichtigstes Kriterium dafür ist die Höhe der Gefahr, an die strenge Anforderungen zu stellen sind. Eine quantitative Angabe in Wahrscheinlichkeitsgraden ist sinnlos, weil im Einzelfall nicht berechenbar; es muss aber eine so große Gefahr sein, dass ein Vertrauen auf den guten Ausgang unrealistisch und unvernünftig wäre. Ein weiteres Kriterium ist die Anschaulichkeit der Gefahr und das mehr oder weniger unmittelbare Bevorstehen ihrer Realisierung. All diese Kriterien sind steigerbar, der Begriff der Vorsatzgefahr ist also ein Typusbegriff.⁹⁴ Je größer die Gefahr nach der Vorstellung des Täters ist, je unmittelbarer sich ihm die Schadensmöglichkeit aufdrängt und je näher sie bevorsteht, desto eher ist eine Vorsatzgefahr anzunehmen.

Seiner Struktur nach ist der *dolus eventualis* eine Erweiterung des *dolus directus* im Sinne des alten *dolus indirectus*. Der zum Vorsatz zugerechnete Verletzungserfolg ist mit dem Willen des Täters indirekt dadurch verknüpft, dass die Vorsatzgefahr als notwendige Folge eines vom Täter beabsichtigten Effekts erscheint. Damit erweist sich der *dolus eventualis* insofern als der allgemeinste Fall des Vorsatzes, der *dolus directus* und Absicht in sich enthält, als dieses Erfordernis immer auch dann erfüllt ist, wenn der Täter die Verletzung für notwendig mit dem von ihm beabsichtigten Effekt verknüpft hält oder wenn die Verletzung der beabsichtigte Effekt selbst ist.

⁹⁴ Vgl. zum Typusbegriff und zum Umgang mit abstufbaren Begriffsmerkmalen bei der Subsumtion *Puppe*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 15, 30 ff. m.w.N.

Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum

(GA 1990, 145–182)

»Any effort in philosophy to make the obscure obvious is likely to be unappealing, for the penalty of failure is confusion, while the reward of success is banality. An answer, once found, is dull, and the only remaining interest lies in a further effort to render equally dull what is still obscure enough to be intriguing.«¹

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, auf die dunkle Frage nach dem Inhalt des Vorsatzwissens eine langweilige Antwort zu geben: Was der Täter wissen muss, um vorsätzlich zu handeln, ist nicht mehr und nicht weniger als der Sinn des Tatbestandes. Dieser Sinn ist ein Sachverhalt, ein wahrer Sachverhalt ist eine Tatsache. Mit der Formulierung des Tatbestandes entscheidet der Gesetzgeber nicht nur darüber, unter welchen Bedingungen der objektive Tatbestand erfüllt ist, sondern auch welchen Inhalt das Vorsatzwissen des Täters haben muss. Es ist weder notwendig, für bestimmte Arten von Tatbestandsmerkmalen (sog. normative Tatbestandsmerkmale) ein besonderes Erfordernis der Sinnerkenntnis aufzustellen, das für deskriptive Merkmale nicht gelten soll (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre), noch ist es notwendig, dieses Erfordernis im Sinne einer bloßen Parallelität abzuschwächen, um im Bereich dieser Merkmale dem Subsumtionsirrtum einen Anwendungsbereich zu sichern.

Tatbestand und Tatsache

»Die Art des für den Vorsatz erforderlichen Wissens ist abhängig von der Art der jeweiligen Tatbestandsmerkmale. Handelt es sich um Merkmale, die Gegenstände oder Vorgänge der realen Welt umschreiben, wie z. B. Mensch, Sache, Haus, töten, fahren etc., so erfordert der Vorsatz in der Regel nur eine Kenntnis der mit diesen deskriptiven Merkmalen bezeichneten Tatsachen.

1 Nelson Goodman, *The Structure of Appearance*, 1951, S. XV, zitiert nach Patzig, *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, S. 13. Frei übersetzt: In der Philosophie sich anzustrengen, das Dunkle klarzumachen, ist nicht sehr reizvoll. Denn die Strafe für das Versagen ist Konfusion, und die Belohnung für das Gelingen ist Banalität. Jede Antwort, einmal gefunden, ist langweilig, und dann bleibt nichts weiter übrig, als sich weiteren Anstrengungen zu unterziehen, um ebenso langweilig zu machen, was noch dunkel genug ist um zu faszinieren.

Neben diesen im allgemeinen der sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen Tatumständen gehören zu den gesetzlichen Tatbeständen jedoch vielfach sinnhaltige Umstände, wie z.B. Beamter, Vormund, beleidigen, schwören, Urkunde, fremde Sache etc., die sich dem Täter nur durch einen Akt geistigen Verstehens erschließen. Bei diesen normativen Tatbestandsmerkmalen genügt für den Vorsatz nicht die Kenntnis der reinen Tatsachen; der Täter muss »vielmehr zudem den unter das normative Tatbestandsmerkmal zu subsumierenden Sachverhalt in seinem für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt erfasst haben.«²

Dieses Zitat dürfte einigermaßen repräsentativ sein für die Vorstellungen, die in Wissenschaft und Strafrechtspraxis heute herrschen über das Verhältnis von Tatbestand, Tatbestandsmerkmal, tatbestandserfüllendem Sachverhalt und vorsatzbegründendem Täterwissen bei den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen einerseits und über die Sonderstellung der normativen Tatbestandsmerkmale und des für sie erforderlichen Täterwissens andererseits. Aber dem unbefangenen Leser eines solchen Textes drängen sich eine Reihe von Fragen auf: Ist die Kenntnis von Tatsachen der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich? Bezeichnen normative Tatbestandsmerkmale »sinnhaltige Umstände« und, wenn ja, sind diejenigen Umstände, die durch deskriptive Merkmale bezeichnet werden, in diesem Sinne nicht sinnhaltig? Um solche Fragen zu beantworten, muss zunächst geklärt werden, was wir uns unter Tatumständen, Tatsachen, Sachverhalten, die der Täter kennen muss, überhaupt vorstellen sollen und in welchem Verhältnis diese Tatsachen, Tatumstände, Sachverhalte zu den Tatbestandsmerkmalen stehen, d. h. zu Sinn und Bedeutung des Gesetzestextes selbst.

2 *Rudolphi* in SK StGB - AT (5. Aufl. Stand April 1988), § 16 Rn. 21. Diese Art der Unterscheidung von deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen geht wohl auf *Welzel* zurück, der die deskriptiven Merkmale als »sinnlich wahrnehmbar« und die normativen als »nur geistig verstehbar«, als »Sinnbezüge« oder »bedeutungshaltig« charakterisiert im Gegensatz zum »sinnindifferenten Sein der Naturwissenschaft«, JZ 1953, 119, 120. *Welzel* geht hier mit den Ausdrücken »Sinn« und »Bedeutung« ziemlich frei um und benutzt sie jedenfalls nicht im Sinne der modernen Semantik. Das geschieht noch heute, wenn bei der Parallelwertung in der Laiensphäre und nur hier von »Bedeutungskennntnis« die Rede ist, vgl. *Jeschke* AT (4. Aufl. 1988), S. 264 f.; *Stratenwerth* AT (3. Aufl. 1981), Rn. 258, 260; *Schönke/Schröder-Cramer* (23. Aufl. 1988), § 15 Rn. 42, 45; *Warda*, Jura 1979, 80; *Baumann/Weber* AT (9. Aufl. 1985), S. 395; *Schmidhäuser* AT (2. Aufl. 1975), 10/53; *Maurach-Zipf* AT 1 (7. Aufl. 1987), § 37 Rn. 49; *Tischler*, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984, S. 36 m.w.N.; ähnlich auch *Haft*, JA 1981, 281, 284, der bei deskriptiven Merkmalen von »Tatsachen« spricht und bei normativen von »positiv nicht fassbaren geistigen Beziehungen.«

Wie bringt es also der Tatbestand fertig, die tatbestandsmäßigen Sachverhalte zu bezeichnen? M. a. W.: Welches ist die Beziehung zwischen Tatumstand und Tatbestand, die in § 16 StGB mit der Wendung dargestellt wird »ein Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört«? *Schlüchter* beantwortet die Frage, indem sie über die Tatbestandsmerkmale sagt: »Als Zeichen weisen sie über sich selbst hinaus, nämlich hin zu den von ihnen bezeichneten Gegenständen. Auf diese beziehen sie sich. Dieser ihr Bezug wird Extension genannt. Hierunter sind nicht nur physische Gegenstände, sondern alle möglichen Sachverhaltsausschnitte zu begreifen, die diesem Tatbestandsmerkmal untergeordnet werden können.«³

Dieser Behauptung sollte nicht nur deshalb nachgegangen werden, weil es notwendig ist, die Richtigkeit der Anwendung semantischer Begriffe zu kontrollieren, wenn diese einmal Eingang in die juristische Diskussion gefunden haben. Vor allem scheint mir diese Formulierung eine Präzisierung der Vorstellung zu sein, die die Strafrechtler von dem Verhältnis zwischen Tatbestandsmerkmalen und Tatumständen und zwischen Tatbestand und Sachverhalt im allgemeinen haben. Sie geht dahin, dass der Tatbestand sich zur einzelnen Tatbestandsverwirklichung verhalte wie ein Gattungsbegriff (Eigenschaftsbegriff, einstelliges Prädikat) zu den Gegenständen (Individuen), die diesen Begriff erfüllen und unter diesem Begriff zu einer Klasse zusammengefasst werden können. Die Existenz und auch die Wahrnehmung solcher Individuen sei unabhängig von der Existenz und dem Sinn des Eigenschaftsbegriffes, unter dem sie zusammengefasst werden. Ein solches Verständnis vom Verhältnis zwischen Tatbestand, Tatbestandsmerkmal und den sie erfüllenden Sachverhalten deutet sich im obigen Zitat von *Rudolphi* etwa in der Wendung an, dass die Merkmale »die Gegenstände oder Vorgänge der realen Welt umschreiben«, und mit der Wendung von der »Kenntnis der mit diesen deskriptiven Merkmalen bezeichneten Tatsachen«, die offenbar einen Gegensatz bilden soll zu »sinnhaltigen Umständen, die sich dem Täter nur durch einen Akt geistigen Verstehens erschließen«. Wie bei *Schlüchter* werden Gegenstände, Vorgänge und Tatsachen in ihrem Verhältnis zu dem Tatbestand, der sie »bezeichnet«, gleichbehandelt. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass sich der Tatbestand als ganzes zu den ihn erfüllenden einzelnen Sachverhalten (Tatsachen) genauso verhält, wie ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, das Gegenstände (Individuen) bezeichnet, zu diesen Individuen. Dieses Verhältnis besteht darin, dass der physische Gegenstand, Vorgang, Wirklichkeitsausschnitt oder was es immer sei, dem Tatbestand oder dem Tatbestandsmerkmal »untergeordnet werden kann«. Damit ist auf unsere Fragen, wie der Tatbestand die Tatsachen (Tatumstände) bezeichnet und was der Ausdruck in § 16 bedeutet »ein Tatumstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört« eine klare und einfache Antwort gegeben, die zu

3 *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S. 6.

überprüfen sich lohnt: Die Tatsachen, die den Tatbestand erfüllen, verhalten sich zu diesem wie Gegenstände zu einem Eigenschaftsbegriff, den sie erfüllen.

Aber kann man Tatsachen ohne weiteres sprachlich als Gegenstände behandeln? Ein Gegenstand (Individuum) wird durch ein Wort bezeichnet, beispielsweise einen Eigennamen, eine Klasse von Gegenständen durch ein Eigenschaftswort (Prädikat). Ein Sachverhalt (Tatsache) wird durch einen Satz dargestellt. Wie müsste ein Ausdruck aussehen, der eine Klasse von Tatsachen darstellt? Könnten sich die einzelnen Tatsachen zu ihm überhaupt so verhalten, wie Individuen zu einer Klasse, der sie angehören, und einer Eigenschaft, die sie aufweisen?

In der allgemeinen Semantik wird zwischen den Formen von Ausdrücken, Eigennamen, Prädikat, Satz sorgfältig unterschieden. Die Intension eines Eigennamens ist ein Individuenbegriff, seine Extension ein Individuum (Gegenstand), die Intension eines Prädikats ist eine Eigenschaft, die Extension ist die Klasse von Individuen, die diese Eigenschaft haben, die Intension eines Satzes ist ein Sachverhalt (Tatsache) und seine Extension der Wahrheitswert wahr oder falsch.⁴ Ein Sachverhalt steht also zu einem Satz, der ihn ausdrückt, in einer anderen semantischen Beziehung als seine Teile, die Eigennamen und Prädikate zu den Gegenständen und Gegenstandsklassen, die sie bezeichnen. Was für eine Art von Ausdruck ist aber nun ein Tatbestand, der offenbar eine Klasse von Gegenständen bezeichnen soll, nämlich alle »Fälle«, in denen das betreffende Gesetz anwendbar ist und gleichzeitig doch Tatsachen darstellt, die Bedingungen der Anwendbarkeit des Gesetzes sind.

In der Konkurrenzlehre und in gewissen Kontexten der allgemeinen Verbrechenslehre verstehen wir die Tatbestände selbstverständlich als Klassenausdrücke, also als Eigenschaften. Aber dann bezeichnen sie keine Sachverhalte, sondern Handlungen, die die Eigenschaften gemeinsam haben, die die Intension des Klassenausdrucks sind, beispielsweise Handlungen, die die Eigenschaft haben, Morde, Diebstähle oder Urkundenfälschungen zu sein. Ob dieses Verständnis der Tatbestände sprachtheoretisch durchführbar und ob es dogmatisch sinnvoll ist, ist äußerst zweifelhaft und kann hier nicht geklärt werden.⁵ Aber können wir nicht an die Stelle der Handlungen die einzelnen Tatsachen setzen, die den Tatbestand jeweils erfüllen, und ihnen

4 *Rudolf Carnap*, *Bedeutung und Notwendigkeit*, S. 21 ff.; engl. Originaltitel: *Meaning and necessity*, 2. Aufl. 1955, deutsch von *Wilhelm Bader*, 1972. *Carnap* hat mit diesem Werk die Ausdrücke *Extension* und *Intension* in die Fachsprache der Semantik eingeführt in Fortentwicklung der Unterscheidung von *Bedeutung* und *Sinn* bei *Frege*, *Über Sinn und Bedeutung*, 1892, neu herausgegeben von *Günther Patzig*, *Gottlob Frege, Funktion, Begriff, Bedeutung, fünf logische Studien*, 3. Aufl. 1969, S. 40 ff.

5 Näher dazu *Puppe*, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, S. 242 ff.; *dies.* GA 1982, S. 143 ff.

diese Erfüllung als Eigenschaft zuschreiben? Hat nicht die Tatsache, dass A den B aus niedrigen Beweggründen getötet hat, die Eigenschaft, ein Mord zu sein, oder die Tatsache, dass X dem Y seine Brieftasche weggenommen hat, um sie zu behalten, die Eigenschaft, ein Diebstahl zu sein? Dann wären, wie *Schlüchter* annimmt, diese Tatsachen die Extensionen der Tatbestände.⁶

Beschreibt aber der Ausdruck »ein Mord« wirklich eine Eigenschaft der Tatsache, dass A den B aus niedrigen Beweggründen getötet hat? Ausdrücke, die Eigenschaften von Tatsachen bezeichnen und dementsprechend Tatsachen als Extensionen haben, sind etwa »offenkundige Tatsachen«, »stadtbekannte Tatsachen«, »steuererhebliche Tatsachen« usw. Ich kann eine Tatsache kennen, die unter den Begriff allgemeinkundige Tatsachen fällt, beispielsweise die Tatsache, dass Mathias Rust am Himmelfahrtstag 1987 in der Nähe des Roten Platzes mit einem Privatflugzeug gelandet ist, ohne zu wissen, dass es eine allgemeinkundige Tatsache ist. Die Tatsache, dass A den B aus niedrigen Beweggründen getötet hat, kann ich nicht wissen, ohne zu wissen, dass dies ein Mord ist, so wie § 211 diesen Begriff definiert. Davon zu unterscheiden ist das Wissen, dass § 211 den Mord so definiert. Tatbestandsbezeichnungen wie Mord, Diebstahl, Urkundenfälschung sind also nicht Eigenschaften von Tatsachen, die unter diese Tatbestandsbezeichnungen fallen und deren Extension darstellen, sie sind nur Abkürzungen für diese Tatsachen selbst, die unzulässigerweise in die Form eines Substantivs gebracht werden und dadurch den falschen Anschein eines Gattungsbegriffs erwecken.

Damit ist aber das Verhältnis zwischen Tatsache und Tatbestand noch rätselhafter geworden. Wenn nämlich der Tatbestand auf eine ihn erfüllende Tatsache nicht nur hinweist, wie ein Gattungsbegriff auf die ihn erfüllenden Individuen, sondern diese Tatsache selbst darstellt, wie bringt es dann der Tatbestand fertig, auf mehrere ihn erfüllende Tatsachen zugleich hinzuweisen? Dies ist dadurch möglich, dass die Tatbestände als Beschreibung der sie erfüllenden Tatsachen in charakteristischer Weise unvollständig sind. Nehmen wir als einfachsten Fall den Tatbestand: »Wer vorsätzlich *einen* Menschen tötet«. Dieser Ausdruck beschreibt weder eine Tatsache noch gibt er eine Eigenschaft einer Tatsache an, er ist für sich genommen nicht sinnvoll. Eine Beschreibung einer Tatsache erhält man aus diesem Ausdruck dadurch, dass man für die Worte »wer« und »einen« Bezeichnungen für Personen, beispielsweise Eigennamen, einsetzt. Ein Tatbestand ist kein vollständiger Satz, sondern eine sog. Satzfunktion, die eine Beziehung zwischen Individuen darstellt, die mehrfach erfüllt sein kann, weil sie die Individuen unbestimmt lässt.⁷ Wenn die Juristen sagen, ein Tatbestand sei in einem bestimmten Einzelfall erfüllt, so ist das genauso zu deuten, wie der Ausdruck, eine

6 (Fn. 3) S. 6 und passim; *dies.* JuS 1985, 373, 374.

7 Vgl. dazu näher *Puppe* (Fn. 5), S. 62 ff.

Funktion sei durch eine bestimmte Belegung von Werten erfüllt, in der Mathematik.⁸ Ein Tatbestand beschreibt viele Tatsachen genau so, wie eine mathematische Funktion viele Gleichungen. Eine Tatsache, die im Sinne des § 16 »zum gesetzlichen Tatbestand gehört«, ist das, was ein Satz besagt, den wir erhalten, wenn wir die im Tatbestand vorhandenen Individuenvariablen durch Konstante ausfüllen. Wenn wir hier von der Tatsache sprechen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehört, statt wie § 16 von den Tatumständen, so ist das nur eine Vereinfachung. Ob ein Sachverhalt als eine Tatsache erscheint oder als mehrere Tatsachen (Tatumstände), hängt lediglich davon ab, ob ich ihn durch einen oder mehrere Sätze beschreibe.

Satz und Tatsache

Wenn unser bisheriges Ergebnis richtig ist, dass die Tatsachen, die im Sinne des § 16 zum gesetzlichen Tatbestand gehören, durch den Tatbestand beschrieben werden, wenn man dessen Individuenvariablen durch Konstanten ausfüllt, so ist dieses Verhältnis des Gehörens sehr viel enger, als man es sich landläufig vorstellt. Die Tatsachen sind nicht die Extension, sondern die vollständigte Intension des Tatbestandes, alltagssprachlich ausgedrückt: sein Sinn. Wenn das, was der Täter nach § 16 wissen muss, um vorsätzlich zu handeln, der Sinn des Tatbestandes ist, so besteht jedenfalls nicht der Gegensatz zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen, der in dem obigen Zitat von *Rudolphi* angedeutet ist: dass deskriptive Merkmale »Gegenstände oder Vorgänge der realen Welt umschreiben« und »im allgemeinen der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich sind«, während nur normative Tatbestandsmerkmale »sinnhaltig« sind und nur für diese gilt, dass sie sich »dem Täter nur durch einen Akt geistigen Verstehens erschließen«. Es geht vielmehr bei deskriptiven wie bei normativen Tatbestandsmerkmalen um Sinn und damit, wenn man so will, um einen Akt geistigen Verstehens.

Wenn aber der Täter, um vorsätzlich zu handeln, sich den Sinn des Satzes vorstellen muss, der aus dem Tatbestand ableitbar ist, ist dann nicht jeder Subsumtionsirrtum ein Tatsachenirrtum und damit ein Tatbestandsirrtum? Die herrschende Lehre, die ja Bedeutungskennntnis oder Sinnerkennntnis für die normativen Tatbestandsmerkmale auch fordert, schwächt dieses Erfordernis im Sinne einer Parallelwertung, also einer bloß ungefähren Sinnerkennntnis ab, weil man diese Abschwächung für nötig hält, um bei diesen Merkmalen dem Subsumtionsirrtum überhaupt noch einen Anwendungsbe- reich zu sichern.⁹ Die Gefahr der Ununterscheidbarkeit von Tatbestands-

8 *Frege* (Fn. 4), Funktion und Begriff, S. 18 ff.

9 *Schlüchter* (Fn. 3), S. 103; *dies.* JuS 1985, 375; *Maurach/Zipf* AT 1 (Fn. 2), § 22 Rn. 50; *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 15 Rn. 45; *Stratenwerth* AT (Fn. 2), Rn. 260; *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982, S. 20, 37 f.; *Jakobs* AT (1983) 8/49 f.; *Jescheck* AT (Fn. 2), S. 265; *Rudolphi* (Fn. 2),

Subsumtionsirrtum würde bestehen, wenn die Tatsache, die einen Tatbestand erfüllt, nicht anders zu beschreiben wäre, als in den Worten des Tatbestandes. Dann könnte nämlich auch ein Irrtum, sei er nun Tatbestands- oder Subsumtionsirrtum, nur mit den Worten des Tatbestandes dahin beschrieben werden, dass der Täter nicht wusste, dass er den Tatbestand erfüllte. Aber offenbar sind wir doch in der Lage zu unterscheiden zwischen dem Irrtum über die Tatsache, die den Tatbestand erfüllt, und dem Irrtum über den Inhalt des Satzes, den die tatbestandliche Satzfunktion nach Ausfüllung ihrer Variablen beschreibt. Um dies zu erklären, müssen wir wissen, was eine Tatsache oder ein Sachverhalt ist und wie ein Sachverhalt von dem Satz zu trennen ist, der ihn beschreibt.

Es ist offensichtlich nicht so, dass jeder Sachverhalt nur durch einen einzigen Satz ausgedrückt werden kann, es gibt vielmehr Sätze, die den gleichen Sachverhalt ausdrücken und insofern den gleichen Sinn haben, aber einen verschiedenen Wortlaut. Zwei verschieden lautende Sätze stellen genau dann den gleichen Sachverhalt dar, wenn sie unter den gleichen Bedingungen wahr bzw. falsch sind, also niemals der eine wahr und der andere gleichzeitig falsch sein kann und dies sich allein aus den logischen und semantischen Regeln der Sprache ergibt. Die Sätze sind dann L-äquivalent.¹⁰ Der beschriebene Sachverhalt ist das, was mehrere Sätze gemeinsam haben, wenn sie L-äquivalent sind.¹¹ Um den Sachverhalt zu kennen, den der aus dem Tatbestand ableitbare Satz darstellt, muss der Täter also nicht sich diesen Satz vorstellen, sondern lediglich einen solchen, der mit diesem L-äquivalent ist. Weiß er nicht, dass die beiden Sätze L-äquivalent sind, so versteht er den Tatbestand falsch, er befindet sich in einem Subsumtionsirrtum.

Aber der Täter braucht sich nicht einmal einen zu dem Tatbestand L-äquivalenten Satz *expressis verbis* vorzustellen. Es genügt, wenn er sich einen Satz vorstellt, der einen solchen mit dem Tatbestand L-äquivalenten Satz impliziert, also zu einem solchen Satz im Verhältnis der begrifflichen Spezialität steht. Er muss sich nur einen Satz vorstellen, der aus sprachlichen Gründen nur dann wahr sein kann, wenn auch der im Tatbestand dargestellte Satz wahr ist. Dazu ist weder erforderlich, dass er den Wortlaut des Tatbestandes kennt und ihn richtig versteht, noch auch nur, dass er die genauen Grenzen des Sinnes (der Intension) des tatbestandlichen Satzes und der in ihm vorkommenden Begriffe kennt. Wenn wir also das vorsatzbegründende Wissen allgemein und nicht nur bei normativen Tatbestandsmerkmalen als

§ 16 Rn. 23; *Warda* (Fn. 2), 80; *Schroeder LK* Bd. 1 (10. Aufl. 1985), § 16 Rn. 43; *Lackner, StGB* (18. Aufl. 1989), § 15 Anm. II 2b; *Baumann/Weber* (Fn.2), S. 407; *Binding*, Normen III (1918), S. 147; *Metzger*, Strafrecht (3. Aufl. 1949), 326 ff.; *Frank*, Strafgesetzbuch (18. Aufl. 1931), § 59 Anm. 11; BGHSt 3, 248 (255); 4, 347 (352).

¹⁰ Zur Äquivalenz *Carnap* (Fn. 4), S. 13 ff.

¹¹ *Patzig* (Fn. 1), Satz und Tatsache, S. 8 ff. ; 22 ff.; *Carnap* (Fn. 4), S. 34.

Sinnkenntnis bestimmen, so wird der Vorsatz keineswegs ein Privileg der Juristen.

Machen wir uns das an einem Beispiel klar: Wenn ein Kaufhauskunde die Preisschilder zweier Waren austauscht, um einen Artikel billiger zu erwerben, als er angeboten worden ist, so weiß er, dass er durch sichtbare und in gewissem Umfang dauerhafte Zeichen den Anschein erweckt hat, der Inhaber des Kaufhauses habe über diese Ware ein billigeres Angebot abgegeben, als dieser in Wirklichkeit abgegeben hat. Er weiß damit, dass er eine Urkunde verfälscht bzw. eine unechte Urkunde hergestellt hat. Dies gilt auch dann, wenn er etwa glaubt, Urkunden seien nur Schriftstücke oder nur amtliche Schriftstücke. Er braucht auch nicht einen besonderen Begriff zu bilden, der mit dem Begriff der unechten Urkunde, wie er in § 267 gebraucht wird, L-äquivalent ist, etwa den Begriff »dauerhaft verkörperte Gedankenerklärung, die eine Person als Aussteller erkennen lässt, die nicht Aussteller ist«. Weiß er, dass er den Anschein erweckt hat, der Kaufhausinhaber habe durch Verbindung von Preisschild und Ware ein billigeres Angebot zum Kauf der Ware abgegeben, als er in Wirklichkeit abgegeben hat, so kennt er die Tatsache, dass er eine unechte Urkunde hergestellt hat. Denn dieser Satz ist in dem von ihm erstellten Satz im Sinne einer L-Implikation enthalten, weil der Begriff »scheinbar vom Warenhausinhaber durch Verbindung von Preisschild und Ware abgegebenes Kaufangebot« den Begriff »unechte Urkunde« so, wie er in § 267 vorkommt, L-impliziert.¹²

Tatbestands- und Subsumtionsirrtum

Es hat sich damit gezeigt, dass zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum ein prinzipieller Unterschied besteht und es zwischen diesen Irrtumsarten auch keine fließenden Übergänge geben kann, solange der Sinn des Tatbestandes klar ist. Es besteht also gar nicht die Gefahr, dass der Vorsatz zum Privileg der Juristen wird, und es ist also auch nicht nötig, dieser Gefahr durch eine Abschwächung und Aufweichung des Erfordernisses der Sinnerfassung zu begegnen. Überprüfen wir diese Behauptung nochmals, indem wir fragen, wie kann ein Richter im Einzelfall feststellen, ob sich ein irrender Angeklagter in einem Tatbestands- oder Subsumtionsirrtum befunden hat. In dem eben gebildeten Fall wird der Richter von dem Angeklagten

¹² *Herberger*, der das Parallelwertungserfordernis auf deskriptive Tatbestandsmerkmale ausdehnt und als Kenntnis der Intension versteht, also zu dem gleichen Grundsatz kommt wie der Text, verkennt dies und glaubt deshalb, in Anlehnung an das herrschende Verständnis der Parallelwertung nur eine gewisse Ähnlichkeit der Sinnvorstellung des Täters mit dem Sinn des Tatbestandes verlangen zu können, s. *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in: *Koch*, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, S. 124, S. 153.

zunächst die Verteidigung hören: »Ich habe nicht gewusst, dass ich eine Urkundenfälschung begangen habe.« Diese Einlassung kann einen Tatbestandsirrtum oder einen Subsumtionsirrtum bedeuten. Um dies zu ermitteln, wird der Richter den Angeklagten weiter fragen, was er sich denn vorgestellt habe. Er fragt vielleicht: »Haben Sie gewusst, dass Sie den Anschein erwecken, als habe ein Aussteller eine Gedankenerklärung abgegeben und dauerhaft verkörpert, die dieser nicht abgegeben hat?« Auch diese Frage wird der nicht juristisch oder kaufmännisch geschulte Angeklagte wahrscheinlich verneinen. Der Richter wird also das abstrakte Niveau juristischer Begriffsbildung verlassen und konkreter fragen, dabei aber darauf achten müssen, dass die von ihm als Vorstellungsinhalt des Täters angebotenen Sätze die tatbestandsmäßige Sachverhaltsbeschreibung L-implizieren.¹³ Hat sich der Täter

13 Dieser Dialog hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Dialog zwischen Tatgericht und Revisionsgericht, den *Rüßmann* entwirft, um das Problem der revisionsrechtlichen Unterscheidung von Rechtsfrage und Tatfrage aufzuklären, s. Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen, in: *Koch* (Fn. 12), S. 242 ff.; 258 f. *Kuhlen* hat den Rüßmann-Dialog denn auch für die Lösung des Problems der Unterscheidung von Tatsachenirrtum und Irrtum über den Inhalt des Straftatbestandes (Strafrechtsirrtum) übernommen, s. Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum 1987, S. 347 ff. Bei *Rüßmann* geht es um die Grenze zwischen Tatsachenbehauptungen und Rechtsbehauptungen, die aber haben keinen gemeinsamen Sinn, sondern sind nur durch Rechtsnormen miteinander verknüpft. Das unterscheidet den Rüßmann-Dialog wesentlich von dem Dialog zwischen Richter und Angeklagtem im Text. In diesem ist die Verknüpfung zwischen den zulässigen Antworten die L-Implikation des Tatbestandes und damit eine rein semantische. Das Verfahren, das *Haft* (Fn.2), S. 284, vorschlägt, um »gegenstandsbezogenen« Tatsachenirrtum und »begriffsbezogenen« Subsumtionsirrtum zu unterscheiden, ist nicht eindeutig. Er geht davon aus, dass man einen Subsumtionsirrtum im Gegensatz zum Tatbestandsirrtum nicht ohne Bezugnahme auf den gesetzlichen Tatbestand beschreiben könne. Das ist aber sehr wohl möglich, wenn man ein Synonym des betreffenden Tatbestandsmerkmals verwendet, über dessen Sinn sich der Täter ebenfalls irrt. Deswegen ist das Unterscheidungsverfahren von *Haft* manipulierbar. Es ist vielmehr notwendig, dass vom Täter jede mit dem Tatbestand synonyme Sachverhaltsbeschreibung als falsch abgelehnt wird oder eine solche, über deren Sinn sich Täter und Richter einig sind, um einen Tatbestandsirrtum festzustellen. Solange wir nicht lernen, Sinn und Wortlaut des Tatbestandes zu unterscheiden, werden wir nicht über suggestive Formeln wie, der Täter weiß beim Tatbestandsirrtum nicht »was er tut« oder er »irrt über den Sachverhalt«, »die tatsächliche Lage« o. dgl. hinauskommen. Dadurch unterscheidet sich der Text auch wesentlich von *Dopslaffs* Bestimmungsvorschlag des Vorsatzwissens als »Kenntnis der Sachverhaltsbeschreibung«, die unter den Tatbestand subsumiert wird, GA 1987, 1, 22 f. Welche Sachverhaltsbeschreibung soll dafür maßgeblich sein? Da *Dopslaff* seinen Vorschlag nur beispielhaft erklärt, wird nicht klar, welche semantische Beziehung zwischen Tatbestand und Sachverhaltsbeschreibung bestehen muss. Er bezeichnet die Subsumtion als »empirische Be-

wirklich in einem Tatbestandsirrtum befunden, so wird er von ihm einen solchen Satz nie bestätigt bekommen, es sei denn, der Täter befindet sich bei Bestätigung dieses Satzes seinerseits wieder in einem Subsumtionsirrtum (Begriffsirrtum). Der Richter kann den Dialog mit dem Angeklagten also erst dann abbrechen, wenn er sicher ist, dass er sich mit dem Angeklagten in der Verwendung der Begriffe einig ist. Ohne solche Einigkeit ist eine Verständigung zwischen Richter und Angeklagten über den Inhalt der Vorstellungen des Angeklagten ohnehin nicht möglich.

Abgesehen davon ist es gleichgültig, nach welchen und wie vielen Formulierungsvorschlägen der Dialog abgebrochen wird und auf welcher Stufe der »Konkretisierung« der Tatbestandsverwirklichung die Übereinstimmung der Wortverwendung zwischen Angeklagtem und Richter erreicht wird. Denn jede vom Richter angebotene oder vom Angeklagten gegebene Sachverhaltsbeschreibung muss ja die tatbestandliche Sachverhaltsbeschreibung implizieren. Sie enthält also den Sinn des Tatbestandes.¹⁴

Tatbestandswissen und Tatbestandsfassung

Unsere langweilige Antwort auf die interessante Frage, was muss sich der Täter vorstellen, um vorsätzlich zu handeln, lautet also: Den Sinn des Tatbestandes, nicht notwendig seinen Wortlaut. Daraus ergibt sich als weitere auf den ersten Blick banale Konsequenz, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung seiner Tatbestände nicht nur darüber entscheidet, unter welchen Bedingungen ein Verhalten strafbar ist, sondern auch darüber, welche Vorstellungen sich der Täter machen muss, um vorsätzlich zu handeln. In der Regel ist die zweite Entscheidung zwar mit der ersten getroffen, es eröffnet sich hier aber ein neuer Entscheidungsspielraum, wenn zwei verschiedene Sachverhalte notwendig miteinander verknüpft sind. Die Regeln, aus denen sich diese Notwendigkeit ergibt, dürfen allerdings keine semantischen oder logischen sein, sonst wären es nicht zwei verschiedene Sachverhalte, es können aber empirische oder rechtliche Regeln sein. Dann kann der Gesetzgeber durch die Fassung des Tatbestandes unter diesen beiden Sachverhalten diejenigen auswählen, den sich der Täter vorstellen muss, um vorsätzlich zu handeln. Er kann auch die Kenntnis beider Sachverhalte verlangen, was dann erheblich wird, wenn der Täter ihre notwendige Verknüpfung nicht kennt.

Hierfür ein Beispiel: § 2 Abs. 3 StVZO lautet: »Blinde Fußgänger können ihre Behinderung durch einen weißen Stock oder durch gelbe Zeichen nach

hauptung« (S. 18) und die Beziehung zwischen Tatbestand und Tatbestandsmerkmal als eine extensionale (S. 24). In Wahrheit ist sie eine intensionale.

¹⁴ Deshalb ist es auch nicht nötig, Regeln darüber aufzustellen, auf welcher Stufe der Normkonkretisierung der Dialog abgebrochen werden soll. Damit existiert das Problem nicht, an dem nach *Kuhlen* (Fn. 13), S. 356 f. eine semantische Unterscheidung von Tatsachenirrtum und Strafrechtsirrtum prinzipiell scheitern soll.

Abb. 2 kenntlich machen.« Absatz 4 lautet »Kennzeichen der in Absatz 2 und 3 genannten Art dürfen von anderen Verkehrsteilnehmern im Straßenverkehr nicht verwendet werden.« Nach § 69a Abs. 1 handelt u. a. ordnungswidrig, wer entgegen § 2 Abs. 4 Kennzeichen der in § 2 Abs. 2 und 3 genannten Art verwendet. Man kann nun den Ausdruck »Kennzeichen der in § 2 Abs. 2 und 3 genannten Art« in dreierlei Sinn interpretieren. Erstens: »Ein weißer Stock oder ein in bestimmter Weise ausgestaltetes gelbes Abzeichen.« Zweitens: »Ein Kennzeichen, das im Straßenverkehr die Blindheit des Fußgängers anzeigt.« Drittens: »Ein weißer Stock oder ein gelbes Abzeichen, die im Straßenverkehr die Blindheit des Fußgängers anzeigen.« Für den Anwendungsbereich des objektiven Tatbestandes machen diese drei Interpretationen keinen Unterschied, denn nach § 2 Abs. 3 sind diese Eigenschaften der genannten Gegenstände kraft einer Rechtsregel notwendig miteinander verknüpft. Was aber der Täter wissen muss, um vorsätzlich zu handeln, beziehungsweise wissen können muss, um fahrlässig zu handeln, ist nach jeder dieser Interpretationen ein anderer Sachverhalt. Nach der ersten Interpretation braucht der Täter lediglich zu wissen oder wissen zu können, dass das, was er trägt, ein weißer Stock oder ein gelbes Abzeichen ist. Nach dieser Interpretation würde er auch dann vorsätzlich handeln, wenn er nicht weiß, dass der weiße Stock im Straßenverkehr die Blindheit eines Fußgängers anzeigt. Nach der zweiten Interpretation braucht er nur zu wissen, dass er ein Zeichen trägt, das die Blindheit eines Fußgängers anzeigt. Er würde also einen, allerdings straflosen, Versuch begehen, wenn er in diesem Glauben einen schwarzgelben Stock trägt. Nach der dritten Interpretation schließlich muss er beides wissen bzw. wissen können. Die Grammatik mag die erste Interpretation nahe legen, ihr Ergebnis spricht jedoch gegen sie. Denn nur die zweite und die dritte Interpretation bringen das tatbestandstypische Unrecht zum Ausdruck.

Daraus ergibt sich eine Regel zur Ausfüllung des oben aufgezeigten Spielraums. Bei der Formulierung seiner Tatbestände hat der Gesetzgeber nicht nur darauf zu achten, dass der objektive Tatbestand in allen Fällen und nur in den Fällen erfüllt ist, in denen das betreffende Strafgesetz Anwendung finden soll, er hat daneben auch darauf zu achten, dass der objektive Tatbestand das tatbestandsspezifische Unrecht ausdrückt. Er soll also, wenn er die Auswahl hat, die Beschreibung wählen, aus der der Normadressat mit möglichst wenig Kenntnis von empirischen und juristischen Regeln das tatbestandsspezifische Unrecht erkennen kann. Hat der Gesetzgeber sich aber für eine bestimmte Beschreibung der strafbaren Fälle entschieden, so hat er damit den Inhalt des Wissens bestimmt, auf das sich Vorsatz und Fahrlässigkeit beziehen müssen. Der Anwender und der Interpret des Strafgesetzes hat diese Entscheidung zu respektieren. Kann er sie deshalb nicht anerkennen, weil die Darstellung des Unrechtstypus zu unvollkommen ist, so bleibt ihm der Weg der teleologischen Reduktion des Tatbestandes durch Ergänzung seines Wortlauts mit einem sog. ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal.

Strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum

Hieraus ergibt sich die prinzipielle Rechtfertigung für eine der umstrittensten Thesen der Irrtumslehre: die, dass ein Rechtsirrtum Tatbestandsirrtum bzw. umgekehrter Tatbestandsirrtum ist, wenn er Rechtsregeln betrifft, die außerhalb des Strafgesetzes aufgestellt sind, und irrelevanter Subsumtionsirrtum bzw. umgekehrter Subsumtionsirrtum, wenn er Rechtsregeln des Strafgesetzes selbst betrifft.¹⁵ Dieser These wird seit eh und je vorgeworfen, sie knüpfe an ein allzu formales Kriterium an, da es keinen Unterschied mache, ob der Gesetzgeber eine Rechtsfrage im Strafgesetz oder außerhalb des Strafgesetzes regelt. Denn jeder Ausdruck in einem Straftatbestand, der außerstrafrechtliche Rechtsfolgen bezeichnet, könne durch die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Rechtsfolge ersetzt werden, ohne dass sich dadurch der Anwendungsbereich des Tatbestandes ändere, und eben deshalb sei eine solche Ersetzung auch zulässig. So könne man beispielsweise den Ausdruck »fremd« in den Tatbeständen zum Schutz des Eigentums ersetzen durch eine Aufzählung der sachenrechtlichen Voraussetzungen für Erwerb bzw. Verlust von Eigentum, und der Gesetzgeber habe sich nur aus Gründen der sprachlichen Bequemlichkeit und Einfachheit nicht so ausgedrückt.¹⁶

Eine solche Substitution soll offenbar den Zweck verfolgen, den Begriff des Eigentums als Rechtsbegriff aus den Tatbeständen der Eigentumsdelikte zu eliminieren. Aber man versuche doch einmal ernstlich, die Tatbestände des Sachenrechts, die den Erwerb und den Verlust von Eigentum regeln, ohne diesen Begriff auszudrücken. Worte wie Gutgläubigkeit oder Einigung dürften in diesem Ausdruck schon nicht mehr vorkommen, denn sie sind ja ihrem Inhalt nach durch den Begriff des Eigentums bestimmt. Wenn aber der Rechtsbegriff des Eigentums aus den vorsatzbegründenden Vorstellungen ohnehin nicht zu eliminieren ist, welchen Sinn soll es dann haben, vom Täter statt des Wissens um die Fremdheit der Sache das Wissen zu verlangen, wie der Eigentümer zu dem Eigentum gekommen ist? Dasselbe dürfte für die meisten zivilrechtlichen Ausdrücke gelten, die in Straftatbeständen vorkommen, wie beispielsweise Schuldner, Gläubiger, Pfandgläubiger, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht, und auch für diejenigen Tatbestandsmerkmale, die durch zivilrechtliche Ausdrücke definiert werden, wie beispielsweise das

15 Vgl. dazu *Haft* (Fn. 2), 281, 282 f., 285; *Kuhlen* (Fn. 13), S. 339 ff. *Kuhlen* führt in seinem Buch den Nachweis, dass diese vom Reichsgericht vertretene Unterscheidung der Sache nach der Rechtsprechung bis heute zugrunde liegt und auch der herrschenden Irrtumslehre (Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, eingeschränkte Schuldtheorie). Auf den Gegensatz zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtümern läuft im Prinzip auch *Herzbergs* Lehre von den Verweisungsbegriffen hinaus, *JuS* 1980, 469, 472 f.

16 *Kohlrausch*, Irrtum und Schuld begriff im Strafrecht, 1903, S. 179 f.; *Burkhardt*, *JZ* 1981, 681, 68; *ders.*, *wistra* 1982, 178, 179.

Merkmal »rechtswidriger Vermögensvorteil« durch das Fehlen eines Anspruchs auf diesen Vermögensvorteil. Der Versuch ist also aussichtslos, den Anwendungsbereich der Vermögensdelikte abzustecken ohne ein Verständnis wenigstens der grundlegenden Begriffe des Zivilrechts. Dazu besteht aber auch keinerlei Notwendigkeit, weil jeder normale Bürger dieses Verständnis besitzt.

Aber der Haupteinwand gegen die Substituierbarkeitsthese ist nicht Unzweckmäßigkeit solcher Substitutionen, sondern ihre Unzulässigkeit. Auch wenn eine Substitution von außerstrafrechtlichen Rechtsbegriffen durch deskriptive Begriffe möglich ist, ohne den Anwendungsbereich des objektiven Tatbestandes zu verändern, würde diese Substitution doch den Sinn des objektiven Tatbestandes verändern. Dieser Sinn ist aber, wie wir gesehen haben, der Inhalt der vorsatzbegründenden Tätervorstellung. Das können wir uns an einem der wenigen Fälle klarmachen, in denen ein außerstrafrechtlicher Rechtsbegriff durch deskriptive Begriffe ersetzbar ist, die den gleichen Begriffsumfang (Extension) haben, und der deshalb auch ein Standardbeispiel der Vertreter der Substituierbarkeitsthese ist. Man könne ohne weiteres, so wird argumentiert, in § 292 den Ausdruck »eine Sache, die dem Jagdrecht unterliegt« ersetzen durch eine Aufzählung der Tierarten und Gegenstandsarten, die durch § 2 BJagdG dem Jagdrecht unterstellt sind. Eine solche Änderung des Wortlauts würde zwar den objektiven Anwendungsbereich des Tatbestandes unberührt lassen, nicht aber seinen Sinn. Wenn ich weiß, dass eine Sache eine Abwurfstange ist, so weiß ich eine andere Tatsache als die, dass diese Sache dem Jagdrecht unterliegt. Um zu wissen, dass ein mausähnlich aussehendes Tier dem Jagdrecht unterliegt, brauche ich nicht zu wissen, dass es ein Mauswiesel ist. Sollte ich es irrtümlich für eine Maus gehalten haben, und wiederum irrtümlich Mäuse für jagdbar, so weiß ich doch die wahre Tatsache, dass dieses Tier dem Jagdrecht unterliegt.¹⁷ Die Gegner der Substitutionsthese haben darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber die zivilrechtlichen Voraussetzungen des Jagdrechts oder des Eigentumserwerbs ändern könnte, ohne den Sinn des § 242 oder des § 292 zu ändern.¹⁸

17 Der Täter, der sich in einem solchen Doppelirrtum befindet, stellt sich den Sinn des Tatbestandes des § 292 vor und hat deshalb den tatbestandsmäßigen Vorsatz, näher dazu *Kuhlen* (Fn. 13), S. 494 ff.

18 *Herzberg* (Fn. 15), S. 472; *Kuhlen* (Fn. 13), S. 369. *Kuhlen*, der eine semantische Unterscheidung zwischen Tatirrtum und Subsumtionsirrtum, wie sie hier vorgelegt wird, für prinzipiell unmöglich hält, vgl. Fn. 13, entwickelt aus diesem Gedanken seine eigene Unterscheidung zwischen irrelevantem strafrechtlichen und vorsatzausschließendem außerstrafrechtlichen Irrtum nach dem »Zeitstrukturkriterium«, S. 370 ff. Aber diese Zeitstrukturunterschiede, insbesondere die von *Kuhlen* sog. »dynamische Normierung«, bei der das Tatbestandsmerkmal auf die jeweils zur Tatzeit geltenden außerstrafrechtlichen Normen verweist, ist nur deshalb überhaupt möglich, weil die Intension (nicht die Extension) des Tatbestandsmerkmals,

Dass eine bestimmte Sache fremd ist oder dem Jagdrecht unterliegt, ist eine Tatsache.¹⁹ Die Merkmale fremd oder dem Jagdrecht unterliegend verdanken ihren Sonderstatus als normative Tatbestandsmerkmale wohl vor allem dem Irrglauben der Juristen, für eine Tatsache sei charakteristisch, dass sie einfach und unmittelbar sinnlich wahrnehmbar sei.²⁰ »Für den unendlich weiten Kreis dessen, was gewusst werden kann, hat die deutsche Sprache keine andere Bezeichnung als die der Tatsache.«²¹ Diese Vorstellung von den unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen dürfte wohl auch der Hauptantrieb für das Bestreben sein, Begriffe, die Rechtsfolgen beschreiben, durch deren außerhalb des Strafrechts geregelte Voraussetzungen ersetzen zu wollen. Eine solche Ersetzung wäre aber nicht nur eine Verfälschung des Sinngehalts der Tatbestände, sie würde der Funktion der Tatbestände als Unrechts-

das eine außerstrafrechtliche Rechtsfolge beschreibt, unterscheidbar ist von der Intension der Voraussetzungen des Bestehens dieser Rechtsfolge, wie sie außerhalb des Strafrechts normiert sind, vgl. *Kuhlen* selbst, S. 383.

19 *Darnstädt*, JuS 1978, 441, 443 führt für diese Art von Tatsachen im Anschluss an *Seal*, »Sprechakte«, 1973, S. 78 ff., den Ausdruck »institutionelle Tatsachen« ein. Das sind im Gegensatz zu natürlichen Tatsachen solche, die eine kraft einer gesellschaftlichen Institution bestehende Eigenschaft eines Gegenstandes betreffen. Das sind also insbesondere Rechtsverhältnisse wie fremd, verheiratet, dem Jagdrecht unterliegend usw., aber auch Bewertungen wie unwaidmännisch, grob verkehrswidrig, verwerflich usw. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen der institutionellen Tatsache, also etwa dem Rechtsverhältnis und den Voraussetzungen, kraft derer es im Einzelfall entstanden ist. Um zu wissen, dass die Sache S im Eigentum der Person P steht, brauche ich nicht zu wissen, durch welchen Vorgang P die Sache erworben hat; um zu wissen, dass A und B verheiratet sind, brauche ich nicht Zeuge der standesamtlichen Trauung gewesen zu sein. Das unterscheidet *Darnstädt* nicht deutlich genug, vgl. S. 443 u. S. 446. Bei Bewertungen ist zu unterscheiden zwischen der institutionellen Tatsache, dass die Allgemeinheit oder bestimmte zuständige Instanzen einem Sachverhalt eine Bewertung beilegen, und dem Vollzug der gleichen Bewertung durch den Sprecher eines Bewertungssatzes. Der Satz »Jagen mit Scheinwerfern gilt in Jägerkreisen als unwaidmännisch« oder der Satz »Jagen mit Scheinwerfern wird von den Strafgerichten als unwaidmännisch bewertet« beschreiben Tatsachen, der Satz »Jagen mit Scheinwerfern ist unwaidmännisch« (i. S. v. Missachtung der Schöpfung) bezeichnet keine Tatsache. Der Sache nach reklamiert den Tatsachencharakter der Designata der normativen Tatbestandsmerkmale schon *Welzel* (Fn. 2), S. 120.

20 Kritisch dazu *Herberger* (Fn. 12), S. 136 ff.

21 *Binding* (Fn. 9), S. 114. Dabei kommt es allerdings entscheidend auf das richtige Verständnis des Wortes »wissen« an. *Binding* selbst unterscheidet nicht ausreichend zwischen »wissen« und »werten«, vgl. dazu Fn. 22. Richtig verstanden ist »wissen« die richtige Vorstellung, dass ein Sachverhalt wahr ist. Daraus ergibt sich, dass eine Tatsache die Intension eines Satzes ist, dem das Prädikat »wahr« oder »falsch« zuerkannt werden kann, denn nur eine solche Intension »kann gewusst werden«.

typen weniger gerecht als die geltenden Tatbestandsfassungen. Der Strafgesetzgeber war gut beraten, als er in den § 242 den Ausdruck »fremde Sache« hineinschrieb statt irgendwelcher tatsächlichen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs und in den § 292 den Ausdruck »dem Jagdrecht unterliegend« und nicht eine Aufstellung von Tierarten und sonstigen Arten von Sachen. So hat er sichergestellt, dass der Vorsatztäter eine Vorstellung haben muss von dem Recht, das er verletzt, so dass das für den Vorsatz erforderliche Wissen die ihm zugeschriebene Warnfunktion tatsächlich auch erfüllt. Der Anwender oder Ausleger des Gesetzes hat weder Befugnis noch Grund, diese Entscheidung durch eine Einsetzung der außerstrafrechtlichen Rechtsvoraussetzungen zu revidieren, die zwar den gleichen Begriffsumfang haben, aber einen anderen Sinn.

Enthält also ein Straftatbestand Rechte oder Rechtsverhältnisse als Merkmal, so muss der Täter diese Rechtsverhältnisse schlicht kennen, um vorsätzlich zu handeln. Die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre verdunkelt diesen einfachen Sachverhalt, indem sie diese Merkmale als normativ charakterisiert und den Eindruck erweckt, es gehe hier nicht um Kenntnisse, sondern um einen Akt der Wertung,²² den der Täter nachvollziehen müsse, etwa so, als sei er selbst der Gesetzgeber, der die außerstrafrechtlichen Normen zu erlassen hätte.

Aber es geht überhaupt nicht um Wertung, sondern um die Kenntnis juristischer Tatsachen.²³ Die Rechte und Rechtsverhältnisse, auf die Straftatbestände Bezug nehmen, sind, jedenfalls im Kernstrafrecht, so einfach und grundlegend, dass auch der juristische Laie einen klaren Begriff davon hat.²⁴

22 Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 45; Lackner (Fn. 9), § 15 Anm. II 2b; Baumann/Weber AT (Fn. 2), S. 407; Maurach/Zipf AT 1 (Fn. 9), § 22 Rn. 49; Jeschek AT (Fn. 2), S. 265; Schmidhäuser AT (Fn. 2), 10/52 f.; Stratenwerth AT (Fn. 2), Rn. 260; Arthur Kaufmann (Fn. 9), S. 20 f.; Dreher/Tröndle, StGB (44. Aufl. 1988), § 16 Rn. 11.

23 Kritisch zur Anwendung des Begriffs »Wertung« auf die »Kenntnis einer Rechtslage«, Jakobs AT (Fn. 9) 8/49, Fn. 108.

24 Wir haben zwar eine theoretische Schwierigkeit, den Begriffsinhalt eines Rechts oder Rechtsverhältnisses genau festzulegen, aber diese besteht prinzipiell für alle Begriffe in natürlichen Sprachen; denn in der natürlichen Sprache liegt nicht für alle Eigenschaften, die mit einem Begriff verknüpft werden, fest, ob sie Merkmale des Begriffs selbst sind oder eben andere Eigenschaften, die notwendig mit der Erfüllung des Begriffs verbunden sind. M. a. W., es steht nicht fest, was »das Wesen« des Begriffs ist und welche Merkmale nur akzidentiell sind. Die Definitionen, die etwa das BGB von den verschiedenen dinglichen Rechten gibt, sind im vorliegenden Zusammenhang nicht ohne weiteres maßgebend und auch nicht zuverlässig. Wenn z. B. die Definition des Eigentums in § 903 richtig wäre, dürften wir den Verpächter oder Verpfänder nicht mehr Eigentümer der Sache nennen. Es wäre aber wenig sinnvoll, alle Regelungen, die unsere Rechtsordnung für ein Recht oder Rechtsverhältnis getroffen hat, als Bestandteile seines Begriffs anzusehen.

Sind sie aber nicht mehr so einfach, so muss man sich eben damit abfinden, dass die Vorstellungsseite des Vorsatzes gewisse juristische Kenntnisse erfordert, denn sie sind Voraussetzung dafür, dass der Täter das spezifische Unrecht seiner Tat überhaupt erkennen kann. Man darf diese Voraussetzung dann nicht dadurch abschwächen und verunklaren, dass man sich mit einer

Kein Jurist hätte dann eine auch nur einigermaßen vollständige Vorstellung vom Sinn des Wortes »Eigentum«. Die Rede von der Parallelbeurteilung in der Tätersphäre hat die Funktion, diese Schwierigkeit der Begriffsbestimmung für den Bereich der sog. normativen Tatbestandsmerkmale zu beheben oder auch zu verdecken, indem sie sich mit einer sinnähnlichen Begriffsvorstellung des Täters begnügt. Aber diese Schwierigkeit besteht allgemein für alle Begriffe der natürlichen Sprache und tritt bei den Rechtsbegriffen nur ihrer Komplexität wegen besonders deutlich hervor. Soweit sich daraus etwas für die Lehre von der Parallelbeurteilung, verstanden als bloße Sinnähnlichkeit zwischen Tätersvorstellung und »objektiv richtigem« Begriffsinhalt, ergibt, ist das also keine Besonderheit der institutionellen Begriffe. Es wäre aber einfacher und klarer, auch für die institutionellen Begriffe keine Begriffsdefinition zu verlangen, wie wir es für die meisten deskriptiven Begriffe ja auch nicht tun, und zugleich zuzugestehen, dass wir von Sinnleichheit oder auch Implikation in natürlichen Sprachen nur i. S. eines theoretischen Ideals sprechen.

Ein ganz anderes Problem ist, dass zu dem Begriff eines Rechts bei natürlichem Verständnis auch dessen Schutz durch die Rechtsordnung einschließlich des Strafrechts gehört, also zum Begriff des Eigentums das Verbot an alle anderen, auf die Sache einzuwirken, und damit die Normen der Eigentumsdelikte (vgl. *Jakobs AT* [Fn. 9] 8/57). Bezieht man aber diese in den Begriff des Eigentums und damit der Fremdheit der Sache ein, so werden die Bestimmungsnormen der Eigentumsdelikte selbst tautologisch. § 303 würde etwa lauten: »beschädige keine Sache, mit der ein anderer nach Belieben verfahren darf und deren Beschädigung er von Rechts wegen verbieten kann (fremde Sache § 903 BGB). Um dieses für die Bestimmungsfunktion der Norm wie für die Unterscheidung zwischen Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum, Versuch und Wahndelikt gleichermaßen verheerende Resultat (s. dazu auch u. S. 285) zu vermeiden, bleibt nichts übrig, als folgende Festlegung zu treffen: Kommt in einem Tatbestand ein Recht als Schutzgegenstand vor, so ist Intension (Sinn) des Begriffes nur der Zuweisungsgehalt des Rechts, nicht auch die diesen schützenden Verbotsnormen. Das setzt allerdings voraus, dass Zuweisungsgehalt und Verbotsgehalt eines Rechts logisch trennbar sind, was die Imperativtheorie bestreitet, vgl. dazu auch u. S. 287 f. Diese Festlegung ist auch nicht so unnatürlich, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Die Appellfunktion geht vom Zuweisungsgehalt des Rechts aus, nicht von seiner Bewehrung, und der materielle Unrechtsbegriff wird durch den Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Rechts konstituiert, nicht durch die Missachtung des Verletzungsverbots als solches, sonst bestünde das Unrecht ausschließlich im formalen Ungehorsam.

bloßen »Parallelwertung« oder »teleologisch reduzierten Sachverhaltssicht«²⁵ begnügt.

Wenn der Eigentumsvorbehaltsverkäufer trotz pünktlicher Zahlung der Raten die Kaufsache dem Käufer wieder wegnimmt, so muss er, um den subjektiven Tatbestand der Pfandkehr zu erfüllen, wissen, dass der Käufer bereits ein Recht an dieser Sache erworben hat, dass er also nicht nur seine vertraglichen Pflichten verletzt, wenn er die Sache zurückholt, sondern in ein Recht des Käufers eingreift, das unabhängig von seiner eigenen Person besteht. Er braucht freilich weder den Ausdruck Anwartschaftsrecht zu kennen noch den Begriff Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht, wie er in § 289 verwendet wird. Es genügt, wenn er sich etwa vorstellt, der Käufer habe »eine Art Voreigentum« oder »ein Recht zum Besitz« an der Sache, solange er die Raten pünktlich zahlt. Wie wir gesehen haben, genügt es ja für die Tatsachenkenntnis, wenn der Täter nicht den allgemeinen Begriff des Gesetzes anwendet, sondern einen diesem subordinierten Spezialbegriff. In einem Subsumtionsirrtum befindet sich der Täter, wenn er nicht weiß, dass der Tatbestand der Pfandkehr auch ein solches Recht erfasst. Man mag dagegen einwenden, der Laie sei hoffnungslos überfordert, wenn er den Unterschied zwischen bloßer Vertragsverletzung und Verletzung eines Besitzrechtes verstehen soll, fällt das doch auch manchem Rechtskandidaten schwer. Wenn aber der Strafgesetzgeber auf diesen Unterschied nun einmal dergestalt Wert gelegt hat, dass er die bloße Vertragsverletzung straflos lässt, die Verletzung eines Besitzrechtes durch Wegnahme der Sache aber nach § 289 bestraft, so hat er eben auch ein Verständnis für diesen Unterschied zur Voraussetzung der Kenntnis des tatbestandsspezifischen Unrechts gemacht. Der Vorwurf der Überforderung, wenn es denn eine ist, geht also an den Gesetzgeber, und man darf eine solche Überforderung nicht dadurch korrigieren, dass man den klaren Wortlaut des Tatbestandes oder das Erfordernis der Kenntnis des tatbestandserfüllenden Sachverhalts aufweicht.

Der Gegensatz zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum beschreibt allerdings den Unterschied, um den es geht, schlecht und in gewissen Fällen auch falsch. Das hat dieser Lehre den Vorwurf der Äußerlichkeit und des Formalismus eingetragen. In Wirklichkeit geht es um den Unterschied zwischen einem Irrtum über die in Straftatbeständen enthaltenen Begriffe (sog. Strafrechtsirrtum) und einem Irrtum über die den Tatbestand erfüllenden Tatsachen, die auch durch Recht und Gesetz begründet sein können, sog. außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum. Dass die Grenzziehung so, wie sie formuliert ist, auch nicht stimmt, mögen zwei Beispiele zeigen.

²⁵ So *Schlüchter* (Fn. 3), S. 100 und (Fn. 6), 375; kritisch dazu *Kuhlen* (Fn. 12), S. 436 f. und grundsätzlich zum Versuch, die Anforderungen an den Wissensinhalt des Vorsatzes anhand materieller Kriterien vom objektiven Tatbestand des Gesetzes zu lösen, S. 441 ff.

Wer irrig glaubt, dass ein bestimmtes Verhalten seines Freundes strafbar ist, und ihm deshalb ein falsches Alibi gibt, befindet sich sicherlich in einem Strafrechtsirrtum. Aber dieser Strafrechtsirrtum begründet den Vorsatz der Strafreitelung und nicht etwa ein Wahndelikt, denn der Täter irrt nicht über den Inhalt des von ihm verletzten Strafgesetzes, sondern über die Tatsache, dass ein anderer wegen einer »rechtswidrigen Tat« strafrechtlich belangt werden kann, und diese Tatsache ist in § 258 StGB beschrieben, als Bestandteil der tatbestandsmäßigen Ausgangslage.²⁶

Wenn für einen in einem Strafgesetz verwendeten Begriff eine Definition für verbindlich erachtet wird, die sich in einem anderen Gesetz findet, so mag man den Irrtum eines Täters über den Inhalt dieser Definition mit gutem Recht einen außerstrafrechtlichen Irrtum nennen. Das ändert nichts daran, dass er ein unbeachtlicher Begriffsirrtum und kein Tatsachenirrtum ist. Wer Gas oder Heizungsdampf entwendet und verbraucht und dabei annimmt, keinen Diebstahl zu begehen, weil es sich nicht um Sachen handle, kann sich nicht darauf berufen, er habe sich über eine zivilrechtliche Voraussetzung des § 242 geirrt, nur weil der Sachbegriff in § 90 BGB definiert ist.

Legaldefinierte Tatbestandsmerkmale

Außerstrafrechtliche Gesetze können für die Auslegung eines Straftatbestandes dadurch erheblich sein, dass sie einen in diesem vorkommenden Begriff legaldefinieren. Solange das Tatbestandsmerkmal selbst einen Sinn hat, ist dieser für die Vorsatzvorstellung maßgeblich nach der Regel, dass der Strafgesetzgeber den Sinn des Tatbestandes festlegt. Eine anderweitige Legaldefinition ist deshalb für den Vorsatzinhalt als Auslegungshinweis nur dann anwendbar, wenn sie nicht nur den Anwendungsbereich (Extension), sondern auch den Sinn (Intension) des Tatbestandsbegriffs näher bestimmt. Für beide Arten der Legaldefinition bietet § 326 Beispiele.

Der Ausdruck »Abfall« wird in § 1 Abfallgesetz definiert als »bewegliche Sachen, deren sich der Besitzer entledigen will oder deren geordnete Entsorgung zur Wahrung des Wohles der Allgemeinheit, insbesondere des Schutzes der Umwelt geboten ist«. Hier haben wir es mit einer näheren Bestimmung des Sinns des Ausdrucks Abfall (Intension) und nicht nur seines Anwendungsbereichs (Extension) zu tun. Diese Definition kann also zur Auslegung des Begriffs Abfall in § 326 herangezogen werden. Will also der Täter sich beispielsweise seines alten Autos entledigen, indem er es irgendwo in der Landschaft stehen lässt, so weiß er, dass es sich um Abfall handelt, auch

²⁶ BGHSt 15, 210, 212 f.; Schönke/Schröder-Stree (Fn. 2), § 258 Rn. 23; ders. JR 1981, 298; Herzberg (Fn.15), 473; Dreher/Tröndle (Fn. 22), § 258 a Rn. 6; Puppe FS-Lackner (1987), 227 ff.; SK-Rudolphi (Fn. 2), § 22 Rn. 32a; Blei, JA 1973, 603 f.; anders BayObLG JR 1981, 296; Burkhardt, JZ 1981, 681; Weber, MDR 1961, 427; LK-Ruß (Bd. 5, 10. Aufl. 1989), § 258 Rn. 22.

wenn er selbst den Begriff Abfall auf alte Autos, die der Eigentümer nicht mehr haben will, nicht anwendet. Absatz 3 erfordert, dass die Abfälle »nach Art, Beschaffenheit oder Menge geeignet sind, nachhaltig ein Gewässer, die Luft oder den Boden zu verunreinigen oder sonst nachteilig zu verändern«. Nach herrschender Auffassung sind Abfälle im Sinne von Absatz 1 und 3 jedenfalls diejenigen Stoffe, die in Anlage 1 der Sondermüllverordnung aufgeführt sind.²⁷ Man kann also die Anlage 1 der Sondermüllverordnung als Teildefinition dieses Begriffs von umweltgefährdendem Abfall ansehen. Aber sie bestimmt diesen Begriff nur extensional, indem sie bestimmte Arten chemischer Stoffe, beispielsweise Säuren, Laugen, ölhaltige Emulsionen, schwermetallhaltige Katalysatoren, die aus bestimmten gewerblichen Betrieben stammen, aufzählt. Die in dieser Aufzählung verwendeten Begriffe bestimmen zwar nach herrschender Meinung die Extension des Begriffs »umweltgefährdender Abfall« mit, sie enthalten aber nicht seine Intension. Sie sind nicht Unterbegriffe des Begriffs »umweltgefährlicher Abfall«, wie er in § 326 Abs. 1 Nr. 3 bestimmt ist. Wenn ich weiß, dass eine bestimmte Substanz, die ich vor mir habe, ein schwermetallhaltiger Katalysator ist, weiß ich noch nicht, dass sie »geeignet ist, ein Gewässer, die Luft oder den Boden nachteilig zu verändern«. Dieser tatbestandliche Begriff ist kein Blankettbegriff, sondern hat selbst unabhängig von der Bestimmungsnorm des § 326 einen Sinn. Es ist unzulässig, diesen Sinn durch einen anderen, etwa den »schwermetallhaltiger Katalysator«, zu ersetzen, nur weil dieser Begriff in der Sondermüllverordnung vorkommt und die Sondermüllverordnung nach herrschender Auffassung mit maßgeblich für die Bestimmung des Anwendungsbereichs (Extension) des Begriffs umweltgefährlicher Abfall im Sinne des § 326 ist.²⁸ Das würde vielleicht nicht den Anwendungsbereich, aber den Sinn des objektiven Tatbestandes verfälschen und damit auch den der vorsatzbegründenden Tätervorstellung.

Ein in einem Strafgesetz verwendeter Begriff darf also nur dann durch die in einem anderen Gesetz enthaltene Legaldefinition dieses Begriffes ersetzt werden, wenn diese Definition nicht nur für den Anwendungsbereich (Extension) dieses Begriffes maßgeblich ist, sondern auch für seinen Sinn. Ist letzteres der Fall, so schadet es nicht, wenn die Legaldefinition nur einen Spezialfall des strafgesetzlichen Begriffes erfasst. Sie enthält dann ja den Sinn des strafgesetzlichen Begriffes in sich.

Eine Legaldefinition ist zu unterscheiden von der Anordnung einer Rechtsfolge durch ein anderes Gesetz, die ein Tatbestandsmerkmal bezeich-

27 Schönke/Schröder-Lenckner (Fn. 2), § 326 Rn. 6; Lackner (Fn. 9), § 326 Anm. 2bcc; LK-Steindorf (Bd.7, 10. Aufl. 1988), § 326 Rn. 37; SK-Horn (4. Aufl., Stand Januar 1979), § 326 Rn. 8; Möhrenschrager ZRP 1979, 100; Laufhütte/Möhrenschrager ZStW 92 (1980), 958; Sack NJW 1980, 1426.

28 Im Ergebnis ebenso Kuhlen (Fn. 13), S. 64 ff., S. 549 ff.

net. Im letzteren Fall muss der Täter die Rechtsfolge kennen. Ein Beispiel für ein solches Verhältnis zwischen Straftatbestand und außerstrafrechtlichem Gesetz bietet § 264. Dessen Absatz 7 lautet: »Subventionserheblich i. S. d. Abs. 1 sind Tatsachen 1. die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes von dem Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind oder 2. von denen die Bewilligung ... einer Subvention ... gesetzlich abhängig ist.« Die erste Alternative könnte rein sprachlich als Verweisung auf eine anderweitige Legaldefinition des Begriffs »subventionserhebliche Tatsachen« verstanden werden. Aber die Bezeichnung einer Tatsache als subventionserheblich durch das andere Gesetz oder durch den Subventionsgeber ist keine Begriffsdefinition, sondern die Anordnung einer Rechtsfolge. Denn diese Anordnung ist nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv. Der Subventionsnehmer, der eine Tatsache verschweigt oder über sie täuscht, ohne zu wissen, dass ein Gesetz oder der Subventionsgeber sie für subventionserheblich erklärt hat, handelt nicht vorsätzlich, weil er ein für den Tatbestand maßgebliches Rechtsverhältnis nicht kennt;²⁹ ebensowenig wie der, der nicht weiß, dass die Gewährung der Subvention von der betreffenden Tatsache »gesetzlich abhängig ist«. Dieser Irrtum ist vergleichbar dem Irrtum darüber, dass eine Sache fremd ist oder dass sie dem Jagdrecht unterliegt. Im Gegensatz dazu ist die Sondermüllverordnung für die Eigenschaft eines Abfalls, umweltgefährdend i. S. d. § 326 zu sein, nicht konstitutiv. Diese Eigenschaft wird vielmehr in § 326 als natürliche Eigenschaft und nicht etwa als eine institutionelle durch das Abfallbeseitigungsgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen verliehene verstanden.³⁰

Das Beispiel des § 264 lehrt, dass die gesetzliche Anordnung einer Rechtsfolge die gleiche sprachliche Form haben kann, wie eine Begriffsdefinition. Sie ist nur durch ihren konstitutiven Charakter, also ein Sinnkriterium, von einer Begriffsdefinition zu unterscheiden. Bei einer intensionalen Definition haben definiens und definiendum den gleichen Sinn, bei der Anordnung einer Rechtsfolge nicht. Eine extensionale Definition ist von der Anordnung

29 Schönke/Schröder-Lenckner (Fn. 2) § 264 Rn. 62, 63; SK-Samson (Fn. 27), § 264 Rn. 90; LK-Tiedemann (Bd. 6, 10. Aufl. 1988), § 264 Rn. 99; Lackner (Fn. 9), § 264 Anm. 6a.

30 Das ergibt sich schon daraus, dass die Aufzählung in der Anlage 1 der Sondermüllverordnung nicht als vollständige Bestimmung der umweltgefährlichen Stoffe gilt. Zwar gelten alle dort aufgeführten Stoffe als umweltgefährlicher Abfall i. S. d. § 326 1 Nr. 3, aber unter den Begriff umweltgefährlicher Abfall können auch Stoffe subsumiert werden, die nicht dort aufgezählt sind, vgl. BGH NJW 1987, 1280 mit zust. Anm. Sack NJW 1987, 1248; BayObLG NStZ 1988, 26, 27; Schönke/Schröder-Lenckner (Fn. 2), § 326 Rn. 6; LK-Steindorf (Fn. 27), § 326 Rn. 37; Lackner (Fn. 9), § 326 Anm. 2bcc; Möhrenschräger (Fn. 27), 100; Laufhütte/Möhrenschräger (Fn. 27), 959.

einer Rechtsfolge nur dadurch zu unterscheiden, dass das definiens eine natürliche Eigenschaft ist und nicht eine rechtlich-institutionelle.

Blankettgesetze und Blankettmerkmale

Bisher konnten wir uns bei der Ermittlung des Sinns (Intension) von Tatbeständen und damit der tatbestandsmäßigen Vorsatzvorstellung am Sinn der Tatbestandsmerkmale orientieren. Andere Gesetze haben wir dabei nur mittelbar zur Präzisierung eines Begriffs (intensionale Legaldefinition) oder zur Feststellung der im Tatbestand bezeichneten Rechtsfolge herangezogen. Es gibt aber Straftatbestände, die insofern unvollständig sind, als aus ihnen allein keine sinnvolle Bestimmungsnorm ableitbar ist. Dazu gehören zunächst die Blankettgesetze, die nur eine Strafdrohung und statt des Tatbestandes eine Verweisung auf anderweitig angeordnete Gebote oder Verbote enthalten. Hier besteht Einigkeit darüber, dass die Tatbestände der blankettausfüllenden Normen in die Strafnorm hineingelesen werden müssen, um den Inhalt der tatbestandsmäßigen Vorsatzvorstellung zu bestimmen.³¹ Das gilt aber nicht nur für die Blankettgesetze im formellen Sinne, die gar keinen eigenen Tatbestand haben, sondern für alle Strafgesetze, die in ihrem Tatbestand auf eine anderweitig bestimmte Pflicht verweisen. Versucht man nämlich, aus einem solchen Tatbestand eine Bestimmungsnorm abzuleiten, so erhält man eine Tautologie.

Ein Beispiel dafür ist § 283b. Eine Bestimmungsnorm, die beispielsweise ausschließlich aus dem Wortlaut des Absatzes 1 abgeleitet wäre, würde wie folgt lauten: »Unterlasse es nicht, Handelsbücher zu führen, wenn du zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet bist.« Diese Norm ist tautologisch, also unter allen Bedingungen gültig. Man kann sich über den Inhalt der Norm nicht irren, ein Wahndelikt ist also ebenso ausgeschlossen wie ein Subsumtionsirrtum. Das liegt daran, dass die Norm als Tautologie keinen Sinn hat. Deswegen wäre es falsch, die handelsrechtlichen Buchführungspflichten als institutionelle Tatsachen zu behandeln wie etwa das Bestehen fremden Eigentums oder fremden Jagdrechts an einer Sache. Man kann zwar auch das Bestehen einer Buchführungspflicht für eine bestimmte Person als institutionelle Tatsache bezeichnen, das ändert aber nichts daran, dass die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen dieser Pflicht, beispielsweise Kaufmannseigenschaft, integrale Bestandteile der in § 283b mit Strafe be-

31 SK-Rudolphi (Fn. 2), § 16 Rn. 18 f.; Jescheck AT (Fn. 2), S. 277; Maurach/Zipf AT 1 (Fn. 2), § 23 Rn. 9; Jakobs AT (Fn. 9), 8/47; Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 100; LK-Schroeder (Fn. 9), § 16 Rn. 39; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (11. Aufl. 1969), S. 168; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, S. 36 ff.; Baumann/Weber AT (Fn. 2), S. 114, 139.

wehrten Bestimmungsnorm sind,³² weil diese ohne sie keinen Sinn hat. Immer wenn in einem Straftatbestand auf anderweitig geregelte Pflichten *expressis verbis* verwiesen wird, haben wir es also mit einem solchen Blankettmerkmal zu tun, das durch die Tatbestände der in Bezug genommenen Vorschriften ausgefüllt werden muss, um ein sinnvolles Strafgesetz zu erhalten.³³

Maßgebend für den Charakter des Merkmals als Blankettmerkmal ist nicht das formale Kriterium, dass zur Entscheidung der Frage, ob das Merkmal objektiv erfüllt ist, andere Gesetze heranzuziehen sind. Das geschieht auch bei den legaldefinierten und bei den rechtlich-institutionellen Merkmalen. Entscheidend ist auch hier der Sinn des Merkmals. Ein Blankettmerkmal verweist auf positive Gesetze, die die strafbewehrte Pflicht selbst inhaltlich bestimmen und nicht nur deren rechtliche Voraussetzungen. Beispielsweise § 264 Abs. 1 Nr. 2 ist eine Blankettnorm, weil der Ausdruck »entgegen den Rechtsvorschriften über Subventionsvergabe in Unkenntnis lässt« auf andere Vorschriften verweist, die als Rechtsfolge eben die Aufklärungspflicht festsetzen, deren Verletzung § 264 Abs. 1 Nr. 2 unter Strafe stellt.³⁴ Der Ausdruck »subventionserhebliche Tatsache« ist dagegen trotz § 264 Abs. 7 Nr. 1 und 2 kein Blankettmerkmal. Denn der Begriff »subventionserheblich« hat nicht den Sinn einer Wahrheits- und Aufklärungspflicht, diese ergibt sich vielmehr aus § 264 Abs. 1 Nr. 1 (und aus Nr. 2 i. V. m. anderen Rechtsvorschriften). Die Gesetze, auf die § 264 Abs. 7 verweist, regeln nicht die strafbewehrten Verhaltensnormen für den Subventionsnehmer, sondern die Frage, von welchen Tatsachen die Gewährung einer Subvention abhängen soll.

Die Unterscheidung zwischen Blankettmerkmalen und rechtlich-institutionellen Merkmalen wird noch dadurch erschwert, dass manche Blankettmerkmale nicht ausdrücklich auf andere Vorschriften verweisen oder eine Rechtspflicht bezeichnen, sondern scheinbar eine andere rechtlich-institutionelle Tatsache. Erst bei näherer Analyse des Sinns des Merkmals kann sich herausstellen, dass dieser in nichts anderem besteht als in der Verweisung auf andere Normen, die eben die Rechtspflicht anordnen, deren Verletzung in dem Strafgesetz mit Strafe bedroht ist.

Die für die Irrtumslehre so problematischen und umstrittenen Merkmale der Zuständigkeit zur eidlichen Vernehmung in §§ 153 f. und der Zuständig-

32 Schönke/Schröder-*Stree* (Fn. 2), § 283b Rn. 5 i. V. m. § 283 Rn. 56; LK-*Tiedemann* (Fn. 29), § 283b Rn. 11 i. V. m. § 283 Rn. 183; SK-*Samson* (Fn. 27), § 283 Rn. 25; *Dreher/Tröndle* (Fn. 22), § 283b Rn. 4 i. V. m. § 283 Rn. 33.

33 Im Prinzip ähnlich *Warda* (Fn. 31), S. 13 f. Dass *Warda* bei einzelnen Tatbeständen zu anderen Ergebnissen kommt als der Text, liegt an Divergenzen in der Interpretation dieser Tatbestände, nicht im Prinzip. Ebenso *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 91 Fn. 19; anders Schönke/Schröder-*Cramer* (Fn. 2), § 15 Rn. 103.

34 Im Ergebnis ebenso SK-*Samson* (Fn. 27), § 264 Rn. 90; Schönke/Schröder-*Lenckner* (Fn. 2), § 264 Rn. 62, 63.

keit zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt in § 156 erscheinen prima facie nicht als Blankettmerkmale. Die Zuständigkeit zur Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen erscheint vielmehr als eine institutionelle Tatsache, also als eine Eigenschaft bestimmter Behörden, die ihnen kraft Gesetzes verliehen wurde. Demnach würde das Nichtwissen um eine solche Zuständigkeit einen Tatbestandsirrtum und ihre irrtümliche Annahme einen untauglichen Versuch begründen.³⁵ Aber welchen Inhalt hat denn diese institutionelle Tatsache? Eine Versicherung an Eides statt ist nicht etwa eine Erklärung, in der die Worte vorkommen »ich versichere an Eides statt«, sondern eine Erklärung, die in einem bestimmten Verfahren vor einer Behörde abgegeben worden ist, die berechtigt ist, durch Verwendung dieser Formel den Erklärenden bei Strafe des § 156 zur Wahrheit zu verpflichten. Ein anderer Sinn kann dem Begriff der Versicherung an Eides statt nicht zugeschrieben werden. Ähnliches gilt im säkularisierten Staat für den Eid. Damit erweisen sich die §§ 153 ff. als Blanketttatbestände, die um die in Bezug genommenen tatsächlichen und rechtlichen Zuständigkeitsvoraussetzungen ergänzt werden müssen, um sinnvolle Bestimmungsnormen zu ergeben. Wer eine solche Zuständigkeit irrtümlich annimmt, begeht ein Wahndelikt und keinen untauglichen Versuch.³⁶

Es ist vielleicht reizvoll, sich den Unterschied etwa zum Tatbestand der Wilderei an einer Analogie zum Mauswiesel-Fall klar zu machen. Ein Zeuge sagt vor dem Ermittlungsrichter falsch aus, den er für einen Staatsanwalt hält. Gleichzeitig glaubt er, auch vor einem Staatsanwalt als Zeuge bei Strafe zur Wahrheit verpflichtet zu sein. Hier ergibt sich der tatbestandsmäßige Vorsatz nicht schon daraus, dass der Zeuge zu Recht annahm, diesem Mann gegenüber bei Strafe zur Wahrheit verpflichtet zu sein. Denn die Norm, die er zu übertreten meinte, lautet, sage als Zeuge vor dem Staatsanwalt die Wahrheit. Diese Norm gilt nicht als Strafgesetz. Der Vorsatz des Täters erfüllte also nur ein Wahndelikt. Beim Mauswiesel-Fall war das anders. Hier glaubte der Täter, ein Tier vor sich zu haben, das fremdem Jagdrecht unterliegt, und hatte also die Vorstellung, die Norm zu übertreten, eigne dir nicht ein Tier an, das fremdem Jagdrecht unterliegt. Man kann nun freilich auch den Begriff Jagdrecht als verkapptes Pflichtmerkmal verstehen. Fremdem Jagdrecht unterliegt ein Tier dann, wenn es jedem außer dem Jagdberechtigten verboten ist, es zu jagen. Ebenso kann das Merkmal fremde Sache als verkapptes Blankettmerkmal aufgefasst werden. Das ist das Verständnis der Imperativentheorie

35 So BGHSt 3, 248, 254; 5, 111, 117; 10, 272, 275 f.; 12, 56, 58; 24, 38; *Dreher/Tröndle* (Fn.26), § 156 Rn. 15, § 154 Rn. 10; *Herzberg* (Fn.15), 474 ff.; *Schaffstein*, FS OLG Celle, 1961, S. 175, 193 f.; *Blei*, JA 1973, 603 f.

36 BGHSt 1, 13, 17; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale (1958/1970), S. 165 ff.; *SK-Rudolphi* (Fn. 27), § 154 Rn. 11; *Schönke/Schröder-Lenckner* (Fn. 2), § 154 Rn. 15; *Jakobs* AT (Fn. 9), 25/49 Fn. 77.

von der Rechtsordnung, wonach Rechte und Rechtsverhältnisse nur Kürzel für Komplexe von Geboten und Verboten sind. Versteht man die Rechtsverhältnisse nur als Pflichten, so geht die Unterscheidung zwischen Merkmalen, die ein Rechtsverhältnis bezeichnen, und den Blankettmerkmalen, die auf anderweitig festgelegte Pflichten verweisen, allerdings verloren. Aber die Beschreibung eines Rechts als »Loch im Normkreis«³⁷ hat sich nicht bewährt und entspricht auch nicht dem allgemeinen Rechtsverständnis.³⁸ Sie lebt allerdings fort in der Lehre von den »normativen Tatbestandsmerkmalen«, als deren Standardbeispiele gerade die Merkmale gelten, die Rechte und Rechtsverhältnisse bezeichnen. So werden letztlich durch Anwendung der Imperativtheorie in der Irrtumslehre wichtige Unterschiede im Sinn der Tatbestände nivelliert.

Ein Blankettmerkmal kann auch in einem Qualifikationstatbestand vorkommen. Die Qualifikation ist dann ebenso tautologisch wie bei einem Grundtatbestand. Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, dass bei Nichtausfüllung des Blankettmerkmals immer noch der Grundtatbestand als Sinn der Bestimmungsnorm übrig bleibt, verbunden mit dem gravamen einer nicht näher spezifizierten Pflichtverletzung.

Beispiele dafür sind § 332 als Qualifikation von § 331 und § 334 als Qualifikation von § 333. Das qualifizierende Merkmal ist hier jeweils die Verletzung der Amtspflichten durch den Beamten oder die Verletzung der richterlichen Pflichten durch einen Richter. Die Bestimmungsnorm, verletze als Beamter nicht deine Amtspflichten, ist ebenso tautologisch wie die Norm, stifte keinen Beamten zur Verletzung seiner Amtspflichten an. Auch der Gedanke, dass es hier um ein Rechtsgut der Reinheit des Amtes gehe, vermag diese Tautologie nicht aufzuheben. Was ist das Rechtsgut Reinheit des Amtes anderes, als die Forderung, dass die Beamten die für sie geltenden Amtspflichten nicht verletzen sollen? Einen materiellen Inhalt bekommt also dieses Qualifikationsmerkmal nur durch die jeweils durch den Beamten oder Richter verletzte einzelne Amtspflicht. Der Tatbestand der Norm, die die jeweils verletzte Amtspflicht statuiert, ist also in den Tatbestand der Bestechung oder der Bestechlichkeit hineinzulesen.³⁹

Das hat erstens die Folge, dass der Täter die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen dieser Amtspflicht kennen muss, um vorsätzlich zu handeln. Zweitens gilt, wie bei jedem anderen Blankettgesetz, dass die irrige Vorstellung, es gäbe eine Amtspflicht, die der Beamte oder Richter verletze,

37 *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen I (1915), S. 539.

38 Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 36), S. 747 f.

39 Anders die h. L., die die Amtspflichtverletzung in den Bestechungstatbeständen als normatives Tatbestandsmerkmal ansieht, *LK-Jescheck* (Fn. 27), § 332 Rn.13, vgl. auch Fn. 40.

keinen untauglichen Versuch begründet, sondern ein Wahndelikt.⁴⁰ Denn die Norm, die die verletzte Pflicht statuiert, ist ja beim Blankettgesetz integraler Bestandteil des Straftatbestandes. Daraus folgt, dass der Täter einen nicht geltenden Straftatbestand zu erfüllen meint, also ein Wahndelikt begeht, wenn er eine Amtspflicht unter Voraussetzungen annimmt, unter denen sie von Rechts wegen nicht besteht. Dass er auch dann in dem Bewusstsein handelt, seine Amtspflicht zu verletzen und damit, wenn man will, auch das Rechtsgut Reinheit der Amtsführung, ändert daran ebensowenig, wie das Unrechtsbewusstsein des Wahndeliktstäters an dessen Straflosigkeit.

Ein echtes Blankettmerkmal liegt nur vor, wenn eine Verweisung auf andere positive Rechtsnormen notwendig ist. Das wird zwar in der Regel dadurch ausgedrückt, dass im Tatbestand von der Verletzung von Pflichten die Rede ist, aber die Auslegung kann ergeben, dass es sich nur scheinbar um eine solche Verweisung handelt. Ein Beispiel dafür ist das viel erörterte Merkmal »pflichtwidrig dienen« in § 356. Es wird als ein Blankettmerkmal verstanden, das auf § 45 Nr. 2 BRAO verweist,⁴¹ aber auch als normatives Tatbestandsmerkmal.⁴² Danach handelt der Anwalt pflichtwidrig, wenn er für zwei Parteien in derselben Sache »in entgegengesetztem Interesse« tätig wird. Eine genauere Bestimmung der anwaltlichen Pflichtwidrigkeit i. S. d. § 356 ist der BRAO nicht zu entnehmen. Es ist also einfacher und klarer, das Merkmal »pflichtwidrig« i. S. v. § 356 selbst i. S. v. »in entgegengesetztem Interesse« zu interpretieren, statt die komplizierten und im Irrtumsbereich auch umstrittenen Regeln des Blanketttatbestandes anzuwenden. Das Merkmal »im entgegengesetzten Interesse« mag man dann als normatives Tatbestandsmerkmal bezeichnen. Für den Vorstellungsinhalt des Vorsatzes hat das, wie gezeigt, keine Bedeutung, weil bei jedem Merkmal die Sinnkenntnis dazu gehört.

Der Irrtum über das Blankettmerkmal

Die Blankettgesetze und Blankettmerkmale haben uns genötigt, von dem allgemeinen Prinzip abzuweichen, dass der Strafgesetzgeber allein kompetent ist, den Inhalt des Vorsatzes zu bestimmen. Der Grund dafür besteht darin, dass der Strafgesetzgeber sich bei den Blankettgesetzen außerstande gesehen

40 Ebenso *Welzel* (Fn. 31), S. 542; anders die h. L., vgl. *SK-Rudolphi* (Fn. 27), § 333 Rn. 10, 17; *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 332 Rn. 9; *LK-Jescheck* (Fn. 27), § 332 Rn. 12; *Dreher/Tröndle* (Fn. 22), § 332 Rn. 10.

41 BGHSt 3, 400, 402; 4, 80, 82; 5, 284, 287 f.; 5, 301, 306; *Schaffstein* (Fn.35), S. 192; *Dreher/Tröndle* (Fn. 22), § 356 Rn. 7; *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 356 Rn. 17, missverständlich aber Rn. 24.

42 BGHSt 7, 17, 22; 7, 261, 263; 15, 332, 338; 18, 192, 195; *Welzel* (Fn. 31), S. 526; *Geppert*, Der strafrechtliche Parteiverrat, 1961, 86; *Jescheck* AT (Fn. 2), S. 414; *SK-Rudolphi* (Fn. 27), § 356 Rn. 25; *LK-Hübner* (Fn. 27), § 356 Rn. 77.

hat, dies zu leisten, indem er nur eine tautologische Bestimmungsnorm zustande gebracht hat. Dem Grundsatz der Verbindlichkeit des Sinns des Tatbestandes für die vorsatzbegründende Vorstellung kann nur noch dadurch Rechnung getragen werden, dass neben den Tatbeständen der blankettausfüllenden außerstrafrechtlichen Normen auch das Blankettmerkmal selbst als Bestandteil des notwendigen Vorsatzwissens anerkannt wird. Das bedeutet, dass der Täter neben den Tatbeständen der blankettausfüllenden Normen auch deren Gültigkeit kennen muss. Denn nur dann weiß er, dass eine Rechtspflicht für ihn besteht.⁴³ Der Irrtum über das Bestehen einer Rechtspflicht gilt aber im allgemeinen als Verbotsirrtum, und deshalb geht die herrschende Lehre dahin, dass § 17 die Behandlung von Irrtümern über einzelne Rechtspflichten als Tatbestandsirrtum zwingend ausschließt.⁴⁴ Das ergibt aber nicht die unmittelbare Anwendung des § 17, sondern eine Art *argumentum e contrario* aus § 17, das wie jedes *argumentum e contrario* nicht zwingend ist. § 17 schließt es nicht aus, dass einzelne Irrtümer, die man als Irrtümer über die Rechtswidrigkeit beschreiben kann, weitergehende Folgen haben. Schließlich begründet auch der Tatbestandsirrtum i. S. d. § 16 einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit, und noch niemand ist auf die Idee gekommen, dass § 16 und § 17 einander widersprechen. Wird die vom Tatbestand in Bezug genommene Rechtspflicht nicht durch eine andere generelle Norm, sondern durch eine Einzelanordnung begründet, so behandelt auch die herrschende Lehre den Irrtum über die Gültigkeit dieser Einzelanordnung und damit ihre pflichtbegründende Wirkung als Tatbestandsirrtum.⁴⁵ Also lässt sich jedenfalls aus § 17 nicht ableiten, dass für den Irrtum über eine generelle Pflichtnorm zwingend etwas anderes gelten muss.

Fragt man aber, nachdem sich die Berufung der herrschenden Lehre auf den Wortlaut des § 17 allein nicht als zwingendes Argument erwiesen hat, nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift, so zeigt sich, dass er für Irrtümer über Umfang und Gültigkeit der blankettausfüllenden Normen nicht zutrifft. Dieser Grundgedanke besteht darin, dass der Bürger sich auf die Unkenntnis der Verhaltensnormen des Strafrechts deshalb nicht berufen kann, weil ihre Kenntnis als Verhaltensnormen zum Grundbestand der ge-

43 So *Schröder* MDR 1951, 387, 389; *Lange* JZ 1956, 73, 75 ff.; *Tiedemann* (Fn. 33), S. 387 f.; *Weber* ZStW 96 (1984), 376, 393; und schon das RG: St 49, 323, 327; 50, 332, 335; 51, 228, 231 f.; 56, 337, 339; 57, 15, 17; vgl. dazu auch *Kuhlen* (Fn. 13), S. 421 ff.

44 Vgl. *Warda* (Fn. 31), S. 37; *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 15 Rn. 99; *Jescheck* AT (Fn. 2), S. 277; *LK-Schroeder* (Fn. 9), § 16 Rn. 39; *SK-Rudolphi* (Fn. 2), § 16 Rn. 19; *Maurach/Zipf* AT 1 (Fn. 2), § 23 Rn. 9; *Jakobs* AT (Fn. 9), 8/47.

45 *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 15 Rn. 102; *Tiedemann* (Fn. 33), S. 393 f.; *Weber* (Fn. 43), 393; BGH MDR 1989, 557 = JZ 1989, 549.

meinsamen Rechtsüberzeugung der jeweiligen Gesellschaft gehört,⁴⁶ ohne den sie als Rechtsgemeinschaft nicht existieren kann. Ihre Anwendbarkeit auf den Bürger kann daher nicht davon abhängig gemacht werden, dass dieser sie kennt.⁴⁷ Ihre Erkenntnis wird damit zur Obliegenheit des Bürgers, die ihm deshalb auch zugemutet werden kann, weil diese Kenntnis ohnehin Bestandteil der Sozialisation des einzelnen in der Gesellschaft ist. All dies kann man von den blankettausfüllenden Normen beispielsweise des Umweltstrafrechts, des Steuerstrafrechts, des Wirtschaftsstrafrechts nicht behaupten. Allerdings betreffen diese Normen in der Regel auch nicht jedermann, sondern nur Personen, die sich mit der Ausübung bestimmter Tätigkeiten befassen, zu denen ohnehin besondere Fachkenntnisse notwendig sind. Zu diesen Fachkenntnissen gehört denn auch die Kenntnis der für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit geltenden Rechtsvorschriften.⁴⁸ Deshalb führt die herrschende Lehre, die auch diese Kenntnis nach dem Grundsatz *ignorantia juris nocet* zur Obliegenheit des Bürgers macht, nicht zu gänzlich unzuträglichen Ergebnissen. Auch geht es hier keineswegs nur um minderwertige Rechtsgüter, wie das Beispiel des Umweltstrafrechts und des Wirtschaftsstrafrechts lehrt, wo es um gewaltige Schäden gehen kann. Man kann also den Täter, der sich bei der Ausübung solcher Tätigkeiten um die für sie geltenden Strafvorschriften nicht kümmert, obwohl er in der Regel Anhaltspunkte dafür hat, dass besondere Vorschriften für sie gelten, unter Umständen ein hohes Maß an Rechtsgleichgültigkeit vorwerfen. Das gilt aber auch für den Fahrlässigkeitstäter, sofern es um hochrangige Rechtsgüter wie etwa das Leben geht. Der Vorwurf der Gleichgültigkeit gegenüber dem Recht, wie man ihn dem Täter eines Blankettdelikts machen kann, der es versäumt, sich über die für ihn geltenden blankettausfüllenden Normen zu erkundigen, steht dem Fahrlässigkeitsvorwurf näher als dem Vorsatzvorwurf gegenüber einem Täter, der sich gegen eine elementare allgemeingültige Verhaltensnorm vergeht, deren Kenntnis von ihm ohne besondere Erkundigungen erwartet werden kann. Legt der Gesetzgeber Wert darauf, auch dieses Unrecht strafrechtlich zu erfassen, so kann er dies durch eine Strafdrohung für Fahrlässigkeit leicht erreichen. Bei hochrangigen Rechtsgütern, die durch Blankettgesetze geschützt sind, ist eine solche Strafdrohung auch häufig vorgesehen.

Wird bei Blankettgesetzen außer der ausfüllenden Norm auch das Blankettmerkmal als Tatbestandsmerkmal behandelt, so dass es Inhalt des Vorsatzwissens ist, so verschwindet ein wesentlicher Unterschied zu den recht-

46 BGHSt 2, 194, 200 f.; *Jescheck* AT (Fn. 2), S. 411. Der Gedanke hat eine lange philosophische Tradition. *Arthur Kaufmann* (Fn. 9), S. 4 ff., verfolgt ihn bis auf Aristoteles zurück.

47 *Kuhlen* (Fn. 13), S. 339 m. w. N.

48 Darauf beruft sich denn auch die h.L., vgl. *Jescheck* AT (Fn. 2), S. 414; *LK-Schroeder* (Fn. 9), § 16 Rn. 28; dagegen *Tiedemann* (Fn. 33), S. 330.

lich institutionellen Tatbestandsmerkmalen, die nach allgemeiner Meinung auch Bestandteil der vorsatzbegründenden Vorstellung sind. Zwischen beiden Merkmalsarten bleibt nur der Unterschied, dass der Vorsatztäter beim Blankettmerkmal sich auch die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen vorstellen muss, kraft deren das Merkmal erfüllt ist (Tatbestand der blankettausfüllenden Norm), bei rechtlich-institutionellen Merkmalen aber nicht. Ob ein Tatbestandsmerkmal ein sog. normatives, also ein rechtlich-institutionelles, oder ein Blankettbegriff ist, ist, wie am Beispiel der §§ 153 ff. und der §§ 332 und 334 gezeigt, oft umstritten und zweifelhaft.⁴⁹ Hier liegt wohl das letzte große Problemfeld der Irrtumslehre, das aber durch den modernen Gesetzgeber ständig um neue komplizierte Straftatbestände mit verschiedenen Bezugnahmen auf außerstrafrechtliche Normen und Regeln vergrößert wird. Das Problem würde durch die Behandlung der Blankettmerkmale als Tatbestandsmerkmale auf die Frage reduziert, ob der Täter sich außer dem Erfülltsein des Merkmals auch Gründe vorstellen muss, aus denen es erfüllt ist. Das würde die Lösung des Problems bei zweifelhaften Tatbestandsmerkmalen wesentlich erleichtern.

Blankettmerkmale und »Umkehrschluss«

Gegen unsere These, dass der Vorsatztäter sich bei Blankettgesetzen auch die Bedeutung des Blankettmerkmals selbst vorstellen muss, scheint der sog. Umkehrschluss der Irrtumslehre zu sprechen. Ist nämlich das Bewusstsein der Verletzung einer Rechtspflicht Voraussetzung für den Vorsatz, so soll sich aus dem Umkehrschluss ergeben, dass der Täter, der dieses Bewusstsein hat, wegen untauglichen Versuchs bestraft werden muss, auch wenn die von ihm angenommene Rechtspflicht objektiv gar nicht gilt. So verfährt die herrschende Lehre in der Tat auch dann, wenn sie die in einem Tatbestand erwähnte Rechtspflicht nicht als Blankettmerkmal, sondern als normatives Tatbestandsmerkmal versteht.⁵⁰ Sie geht also davon aus, dass der Umkehrschluss der Irrtumslehre bei einem Tatbestand, in dem das Wort pflichtwidrig oder ein Synonym dafür vorkommt, zur Entscheidung zwischen zwei Möglichkeiten zwingt: Entweder man betrachtet das Merkmal als Blankettmerkmal, dann begründen die außerstrafrechtlichen Voraussetzungen der Rechtspflicht den Vorsatz und die Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs, und das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit ist nicht erforderlich, oder man betrachtet es als normatives Tatbestandsmerkmal, dann ist die Vorstellung von der Pflichtwidrigkeit für den Vorsatz erforderlich und begründet die Straf-

49 Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 102; Schönke/Schröder-Eser (Fn. 2), § 22 Rn. 90; Lackner (Fn. 9), § 22 Anm. 2c.

50 Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 332 Rn. 9; SK-Rudolphi (Fn. 27), § 332 Rn. 10; LK-Jescheck (Fn. 27), § 332 Rn. 12. Anders aber Jakobs AT (Fn. 9) 25/42 ff.

barkeit wegen untauglichen Versuchs unabhängig davon, ob die in Bezug genommenen außerstrafrechtlichen Normen die vom Täter angenommene Pflicht tatsächlich begründen. Ausgeschlossen ist danach, dass sowohl die Vorstellung von den außerstrafrechtlichen Normen als auch die von der Pflichtwidrigkeit für den Vorsatz erforderlich sind. Gerade dies Erfordernis haben wir aber für den Vorsatz bei Blankettstrafgesetzen aufgestellt. Gäbe es einen logischen Umkehrschluss, der zu der oben angedeuteten Alternative zwingt, so wäre dieses Erfordernis in sich widersprüchlich.

In Wahrheit gibt es einen solchen logisch zwingenden Schluss nicht. Die Vorsatztheorie, die generell sowohl das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit als auch ihre tatsächlichen Voraussetzungen für die Strafbarkeit wegen Vorsatzes fordert, ist auch nicht logisch widersprüchlich. Es gibt kein logisch gültiges Verfahren, nach dem aus der Aufstellung einer einzelnen notwendigen Bedingung der Strafbarkeit (Vorsatzerfordernis) auf die Strafbarkeit in einem anderen Fall (untauglicher Versuch) positiv geschlossen werden kann. Denn mit der Aufstellung einer notwendigen Bedingung für irgendeine Folge ist ja noch nichts darüber ausgesagt, welche anderen Bedingungen außerdem noch für diese Folge notwendig sind. Daraus ergibt sich, dass ein logisch gültiger Umkehrschluss aus der Aufstellung einer notwendigen Bedingung nur darin bestehen kann, die Folge zu verneinen, wenn diese Bedingung fehlt. In der Logik nennt man das die Kontraposition. Der Umkehrschluss der Irrtumslehre ist nur soweit ein logischer, als er in der Anwendung der Kontraposition besteht. Aus diesem Umkehrschluss ergibt sich niemals die positive endgültige Feststellung von Strafbarkeit.⁵¹

Der Anschein, dass man mit Hilfe eines logischen Schlusses der Irrtumslehre Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs positiv begründen könne, entsteht dadurch, dass der logische Schluss, also die Kontraposition, gleichgesetzt und verwechselt wird mit einer anderen Erscheinung, die in der Irrtumslehre fruchtbar gemacht wird. Ich habe sie das »Symmetriepostulat« genannt.⁵² Dieses Symmetriepostulat lässt sich wie folgt charakterisieren: Eine Voraussetzung der Strafbarkeit gilt entweder nur als objektive oder nur als subjektive. Objektiv gegeben sein muss die Geltung der angewandten Strafnorm, subjektiv gegeben sein muss der Sachverhalt, der unter die Norm subsumiert wird. Nimmt der Täter irrtümlich einen tatbestandsmäßigen Sachverhalt an, der objektiv nicht gegeben ist, so begeht er einen untauglichen Versuch, nimmt er irrtümlich ein Strafgesetz an, das objektiv nicht gilt, so begeht er ein Wahndelikt. Weiß der Täter umgekehrt nicht um die tatbestandsmäßigen Tatsachen, so scheitert seine Strafbarkeit an einem Tatbestandsirrtum, weiß er nicht um die Gültigkeit der Norm, so verhindert das seine Strafbarkeit nicht. Solange diese Symmetrie der Irrtümer, aus welchem

⁵¹ Näher dazu *Puppe* (Fn. 26), S. 209 ff.

⁵² Wie Fn. 26, S. 212.

Grund auch immer, gegeben ist, kann man sie ausnutzen, um die Klassifikation eines Irrtums als Tatbestands- oder Verbotsirrtum anhand einer »Umkehrung« des Falles zu überprüfen und zu bestätigen.⁵³ Es gibt aber keinen logischen Grund, aus dem diese Symmetrie selbst gegeben sein müsste. Sie gilt beispielsweise nicht, wenn der Versuch nicht strafbar ist, und sie gilt auch nicht für die Vorsatztheorie. Trotzdem ist die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht logisch geboten und die Vorsatztheorie nicht widersprüchlich.

Es ist also auch nicht logisch ausgeschlossen, hinsichtlich eines Merkmals sowohl seine objektive Erfüllung als auch die Vorstellung des Täters von dieser zu verlangen, wie wir dies bei den Blankettmerkmalen vorgeschlagen haben. Man kann das, wenn man will, eine partielle Anwendung der Vorsatztheorie nennen. Verweist ein Strafgesetz durch das *expressis verbis* angeführte Erfordernis Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit des Verhaltens auf andere positive Gesetze (Blankettmerkmal), so muss der Täter sowohl die tatsächlichen Voraussetzungen dieses anderen Gesetzes kennen als auch sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst sein. Die Legitimation für das erstere besteht darin, dass ein Täter nicht nach einer blankettausfüllenden Norm bestraft werden darf, die er sich irrtümlich vorgestellt hat und die objektiv nicht gilt. Die Legitimation für das letztere besteht darin, dass für Blankettgesetze der Grundgedanke des § 17 nicht gilt, wonach der Täter sich auf eine Unkenntnis strafbewehrter Rechtspflichten nicht berufen kann, weil deren Inhalt zur Sozialisation in der betreffenden Rechtsgemeinschaft gehört.

Gesamtatbewertende Merkmale

Es gibt einige wenige, aber praktisch wichtige Bestimmungsnormen des Strafrechts, die tautologisch sind und weder durch Auslegung noch durch Ergänzung mit Hilfe anderer geschriebener Verhaltensnormen sinnvoll gemacht werden können. Das klassische Beispiel dafür ist § 240. Die aus § 240 dem Wortlaut nach ableitbare Verhaltensnorm würde lauten: Nötige nicht mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel einen anderen zu einem Verhalten, wenn die Anwendung des Mittels zu dem angestrebten Zweck verwerflich ist. Verwerflich ist das, was man »verwerfen«, also nicht tun soll. Ein anderes Beispiel ist § 13, dessen Bestimmungsnorm etwa lauten könnte: Du bist von Rechts wegen verpflichtet, einen Schaden zu verhindern, wenn du rechtlich dafür einzustehen hast, dass er nicht eintritt. Tautologisch sind auch die Tatbestände der Fahrlässigkeitsdelikte, soweit sie die Sorgfaltspflichten nicht beschreiben. Das hat in unserem Zusammenhang da eine Bedeutung, wo die vorsätzliche Verletzung von Sorgfaltspflichten unter Strafe steht, wie beispielsweise in § 330. Die aus diesem Tatbestand ableitbare Verhaltensnorm könnte etwa lauten: Halte dich bei Planung, Leitung und Ausführung eines Baues an diejenigen Regeln, an die man sich bei der Pla-

⁵³ Puppe (Fn. 26), S. 213 ff.

nung, Leitung und Ausführung eines Baues zu halten hat. Hierher gehören auch die Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 und die grobe Verkehrswidrigkeit in § 315c. Von den Blankettstrafgesetzen unterscheiden sich aber diese tautologischen Tatbestände dadurch, dass sie nicht auf anderweitig kodifiziertes positives Recht verweisen, sondern auf allgemein anerkannte elementare Normen des ungeschriebenen Rechts. Aus diesen ergeben sich dann die jeweils erheblichen tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Täters beruht. Wie bei den Blankettstrafgesetzen ist das tatsächliche Wissen um diese Tatumstände Vorsatzbestandteil, weil ohne sie keine sinnvolle, sondern nur eine tautologische Verhaltensnorm zustande kommt. Wie bei den Blankettgesetzen verlangt auch hier die herrschende Lehre kein Wissen um die Gültigkeit der ungeschriebenen Rechtsnorm selbst.⁵⁴

Wie gezeigt, ergibt sich aus § 17 nicht zwingend, dass ein Irrtum über die Rechtspflicht kein Tatbestandsirrtum sein kann. Hier kommt jedoch hinzu, dass das ausfüllungsbedürftige Pflichtmerkmal sich auf die Straftat als ganze bezieht und deshalb begrifflich die Rechtfertigungsgründe einschließt.⁵⁵ Es ist aber kein Grund ersichtlich, einen Irrtum über den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes bei Tatbeständen mit gesamtatbewertenden Merkmalen als vorsatzausschließend zu behandeln, wenn man dies bei den übrigen Tatbeständen nicht tut. Da die gesamtatbewertenden Merkmale auf ungeschriebene und nicht wie die Blankettmerkmale auf geschriebene und damit auch begrifflich bestimmte Rechtspflichten verweisen, macht es Schwierigkeiten, diese ungeschriebenen Rechtspflichten von den Rechtfertigungsgründen begrifflich zu trennen. Unlösbar ist dieses Problem aber allenfalls bei der Verwerflichkeitsklausel des § 240, die mit ihrer Beurteilung der Mittel-Zweck-Relation alle Rechtfertigungsgründe erfasst. Bei den Garantspflichten, den Sorgfaltspflichten, den Treupflichten und den Verkehrspflichten macht es keine Schwierigkeiten, sie begrifflich von den Ausnahmebefugnissen der Rechtfertigungsgründe zu trennen und diese als Rechtfertigung einer Verlet-

54 Dies wird dadurch erreicht, dass die gesamtatbewertenden Merkmale aufgespalten werden in die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtspflicht, die zum Tatbestand gezählt werden, und die aus diesen resultierende Rechtswidrigkeit (Pflichtwidrigkeit) des Täterverhaltens, das als allgemeines Verbrechensmerkmal gilt. Dieses Verfahren stammt von *Roxin* (Fn. 26), S. 134 ff.; vgl. auch BGHSt GS 16, 155, 158 ff.; *SK-Rudolphi* (Fn. 2), § 16 Rn. 17; *Schönke/Schröder-Cramer* (Fn. 2), § 15 Rn. 22; *LK-Schroeder* (Fn. 9), § 16 Rn. 40; *Jescheck AT* (Fn. 2), S. 223, 266; *Wessels AT* (18. Aufl. 1988), S. 86; *Lackner* (Fn.9), § 15 Anm. II 2b bb; *Schlüchter* (Fn. 3), S. 94, 179 ff.; *Herdegen*, FS BGH (1975), S. 195, 201; *Schaffstein* (Fn. 35), S. 191; *Krümpelmann GA* 1968, 129, 738.

55 *Roxin* (Fn. 36), S. 76 ff., bezeichnet sie deshalb als »rechtswidrigkeitsumschließende Merkmale«; vgl. auch *SK-Rudolphi* (Fn. 2), § 16 Rn. 17; *Jescheck AT* (Fn. 2), S. 223.

zung jener Pflichten darzustellen. Man könnte einen Irrtum über ein gesamtatbewertendes Merkmal also als vorsatzausschließend behandeln, ohne mit den allgemeinen Regeln zur Behandlung eines Irrtums über den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes in Konflikt zu geraten. Entscheidend ist also auch hier der Grundgedanke der eingeschränkten Schuldtheorie, also die Frage, ob dieser Irrtum jenen elementaren Minimalkonsens der Rechtsgemeinschaft betrifft, dessen Gültigkeit nicht von der Kenntnis des Einzelnen abhängig gemacht werden kann, sondern Bestandteil der von jedem Mitglied der Rechtsgemeinschaft erwarteten Sozialisation ist.

Der Strafgesetzgeber kann sich eine Verweisung auf ungeschriebenes Recht nur insoweit leisten, als dieses Recht zum Grundbestand der Rechtsgemeinschaft in diesem Sinne gehört. Solange sich der Strafgesetzgeber daran hält, ist der Bürger in der Lage, die einschlägigen Normen selbst aus den erlernten allgemeinen Rechtsüberzeugungen zu entwickeln, beispielsweise eine Sorgfaltsnorm oder eine Garantenpflicht. Dazu wird er nicht auf positive Rechtskenntnisse verwiesen, die er gegebenenfalls durch Erkundigung erlangen soll, wie bei den Blankettstrafgesetzen, sondern auf sein eigenes unmittelbares Rechtsempfinden. Das ist letztlich der Grund dafür, dass ein Versagen in der Erkenntnis dieser Pflichten ebenso zu behandeln ist wie die Unkenntnis der Tatbestände des geschriebenen Strafrechts. Die herrschende Lehre hat also hier Recht darin, für den tatbestandsmäßigen Vorsatz nur die Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der ungeschriebenen Verhaltensnorm zu fordern, auf die das gesamtatbewertende Merkmal verweist.⁵⁶

Wertprädikate als Tatbestandsmerkmale

Unter der Kategorie der normativen Tatbestandsmerkmale werden Merkmale, die ein Rechtsverhältnis bezeichnen, wie fremd, dem Jagdrecht unterliegend, subventionserheblich mit anderen Merkmalen zusammengefasst, die ein negatives Werturteil ausdrücken, wie beschimpfender Unfug, Verunglimpfen, die Menschenwürde angreifend, grausam oder heimtückisch. Diese Merkmale unterscheiden sich von den eben behandelten Blankettmerkmalen

⁵⁶ Eine andere Frage ist die der Einordnung einzelner Merkmale in die Klasse der gesamtatbewertenden Merkmale. So zählt z. B. *Roxin* (Fn. 36), S. 136, das Merkmal pflichtwidrig in § 356 zu den gesamtatbewertenden, während die h.L. es als Blankettmerkmal und der Text es als normatives Tatbestandsmerkmal behandelt. Auch das Merkmal »unbefugt« ist für *Roxin* stets ein gesamtatbewertendes, S. 144 ff. M. E. bezeichnet es öfters, z. B. in § 132a, eine institutionelle Tatsache und ist wie das Merkmal rechtswidrig nur dann ein allgemeines Verbrechensmerkmal, wenn es ohnehin überflüssig ist. Das Zuständigkeitserfordernis bei den Aussagedelikten, das im Text als kaschiertes Blankettmerkmal verstanden wird, ist für *Roxin*, S. 145, ebenfalls ein gesamtatbewertendes.

und auch von den gesamtatbewertenden Merkmalen dadurch, dass sie die Verhaltensnorm nicht tautologisch machen und in diesem Sinne nicht leer sind. Normen wie: »beschimpfe nicht den Inhalt des religiösen Bekenntnisses anderer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören«, oder: »Verbreite nicht Schriften, die Gewalttätigkeiten gegen Menschen in grausamer Weise schildern und dadurch eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrücken«, oder: »mißhandle nicht roh einen wegen Gebrechlichkeit Wehrlosen, der deiner Obhut untersteht«, sind zwar ihrem Sinne nach nicht sehr klar, aber sinnlos sind sie nicht. Auf solche Tatbestandsmerkmale ist der Ausdruck »Parallelwertung in der Laiensphäre« anscheinend gemünzt, aber demonstriert wird die Parallelwertung vorzugsweise an Merkmalen wie fremd oder Urkunde,⁵⁷ während gerade bei denjenigen Merkmalen, die offenbar werthaltig sind mit dem Parallelwertungserfordernis, wie wir noch sehen werden, nicht ernstgemacht wird. Dies sind auch die Merkmale, bei denen die herrschende Lehre eingestandenermaßen keine Klarheit über die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Subsumtionsirrtum geschaffen hat.⁵⁸ Hier wird sich unser Verfahren zur Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum bewähren müssen. Es geht davon aus, dass der Sinn des Tatbestandes der Gegenstand des Vorsatzwissens ist und dass dieser Sinn unterscheidbar ist vom Wortlaut des Tatbestandes und daher unabhängig von diesem Wortlaut und damit von einem etwaigen Subsumtionsirrtum zu ermitteln ist, ob der Täter sich diesen Sinn vorgestellt hat. Was ist also der Sinn eines wertenden Tatbestandsmerkmals, wie grausam oder beschimpfend?

Der Sinn eines Wertprädikats ist von der Art der Gegenstände, auf die es angewandt wird, in einer eigentümlichen Weise abhängig. Wenn ich eine Tötung als grausam bezeichne, so meine ich etwas ganz anderes damit, als wenn ich eine Darstellung oder Schilderung grausam nenne. Ich nehme dabei jeweils auf ganz verschiedene deskriptive Eigenschaften eines Gegenstandes bezug. Ein Wertprädikat kann also nicht einfach als eine Eigenschaft eines Gegenstandes angesehen werden. Ich kann nicht von zwei verschiedenen

57 So z. B. Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 45; Stratenwerth (Fn. 2), Rn. 259; Maurach/Zipf AT 1 (Fn. 2), § 23 Rn. 37; SK-Rudolphi (Fn. 2), § 16 Rn. 21; Lackner (Fn. 9), § 15 Anm. 11 2b; Jescheck AT (Fn.2), S. 265; Baumann/Weber AT (Fn.2), S. 407 f.; Warda (Fn. 2), S. 87; Kindhäuser, Jura 1984, 456, 474. Dopplaff (Fn.13), S. 7 ff.; Herberger (Fn. 12), S. 137. Die beiden letztgenannten Autoren stehen allerdings der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen kritisch gegenüber. Es fragt sich aber, ob sie sich mit der Urkunde ein hinreichend typisches Beispiel für ein »normatives« Merkmal herausgesucht haben, um ihre Kritik an dieser Unterscheidung zu demonstrieren.

58 Maurach/Zipf AT 1 (Fn. 2), § 37 Rn. 48 nennen dies das »derzeit am wenigsten gelöste Problem der gesamten Irrtumslehre«, s. auch Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 41; Stratenwerth AT(Fn. 2), Rn. 258, 269.

Gegenständen behaupten, dass sie sich in nichts unterscheiden außer darin, dass ein Wertprädikat dem einen zukommt und dem anderen nicht. Ich kann beispielsweise nicht von zwei Bildern, von denen ich behauptet habe, dass sie sich in deskriptiven Eigenschaften vollständig gleichen, sinnvollerweise sagen, das eine sei ein gutes Bild, das andere ein schlechtes.⁵⁹ Ich kann die bewertende Äußerung eines Kommunikationspartners nur dann verstehen, wenn ich ungefähr weiß, um welcher Eigenschaften willen er sie dem Gegenstand zuschreibt. Wenn mir nun jemand erklärt, dieser Zombie-Film ist grausam, so verstehe ich seine Äußerung nicht, solange ich nicht weiß, welchen Maßstab für die Grausamkeit von Darstellungen er hat, d. h., welche Eigenschaften beispielsweise ein Videofilm aufweisen muss, damit er ihn grausam nennt. Eine Verständigung über den Sinn des Wortes grausam setzt voraus, dass sich Sprecher und Hörer darin einig sind. Streiten sich zwei Gesprächspartner darum, ob einem Gegenstand ein Wertprädikat zukommt, beispielsweise ob ein Videofilm grausam ist, so sind sie sich in der Regel über die Eigenschaften dieses Videofilmes einig, der Streit geht darüber, welche Eigenschaften ein grausames Video hat. Sie streiten sich also um den Sinn des Wertprädikats grausam.

Der Zusammenhang zwischen einem wertenden Prädikat und den deskriptiven Eigenschaften des Gegenstandes, auf den sich das Prädikat in der beschriebenen Weise bezieht, ist also nicht nur der zwischen Grund und Folge, und er ist auch nicht vergleichbar mit dem zwischen Ursache und Wirkung. Es ist also ein anderer Zusammenhang, als er beispielsweise zwischen einem Tatbestand und einer Rechtsfolge besteht, die in einem Strafgesetz als institutionelle Tatsache vorkommt. Um den Satz zu verstehen, dieses Auto gehört dem X, brauche ich nicht zu wissen, wie er es erworben hat. Die meisten Juristen haben wohl die Vorstellung, dass zwischen einem Wertprädikat und den Eigenschaften des bewerteten Gegenstandes, auf die es sich bezieht, das gleiche Verhältnis herrscht wie zwischen einem »konkreten Objekt« oder einer »konkreten Tatsache« und dem allgemeinen Begriff, unter dem subsumiert wird. Aber zwischen den Eigenschaften, die eine Bewertung rechtfertigen, und dem Wertprädikat besteht nicht nur das Verhältnis der Subsumtion. Wie wir gesehen haben, gehören vielmehr diese Eigenschaften zum Sinn des wertenden Prädikats, man spricht von der deskriptiven Komponente des wertenden Prädikats.⁶⁰ Gerade weil der Sinn des Tatbestandes der Inhalt der Vorsatzvorstellung ist und nicht etwa irgendwelche von diesem zu trennenden

59 Das Gedankenexperiment stammt von *Hare*, *Die Sprache der Moral*, Originaltitel: *The Language of Moral*, 1952, deutsch von *Morstein*, 1972, S. 110 f. (Kapitel II 15, 2).

60 Selbst die Emotivisten, die als primären Sinn eines Wertprädikats seinen empfehlenden oder ablehnenden Charakter ansehen, können nicht auf diese deskriptive Komponente verzichten, auch wenn sie ihr nur den Status einer »sekundären Bedeutung« zugestehen, so etwa R. M. *Hare* (Fn. 59), S. 151 ff. (Kapitel 11 7, 3).

und unter ihn zu subsumierenden »Umstände«, muss also der Täter die Eigenschaften kennen, die die deskriptive Komponente eines bewertenden Tatbestandsmerkmals ausmachen. Die herrschende Lehre verlangt also zu Recht die Kenntnis der Tatsachen, die die Bewertung tragen.⁶¹

Daraus folgt, dass ein Täter, der ein wertendes Tatbestandsmerkmal deshalb für erfüllt hält, weil er insoweit strengere Maßstäbe anlegt als das Recht, nicht etwa aufgrund einer umgekehrten »Parallelwertung in der Laiensphäre« den tatbestandsmäßigen Vorsatz hat und demgemäß einen Versuch begeht; er begeht vielmehr ein Wahndelikt, weil er das wertende Prädikat in einem anderen Sinne versteht als das Gesetz.⁶² Verbreitet beispielsweise jemand eine Schrift, von der er meint, dass sie im Sinne des Strafgesetzes gewaltverherrlichend oder pornographisch oder ein religiöses Bekenntnis beschimpfend sei, so begründet diese Vorstellung keinen Vorsatz, wenn nicht die tatsächlichen Eigenschaften dieser Schrift, die der Täter kennt oder sich irrtümlich vorstellt, das betreffende Wertprädikat nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes tatsächlich rechtfertigen. Insofern besteht ein Gegensatz zu der irrtumsdogmatischen Behandlung der rechtlich institutionellen Tatbestandsmerkmale. Der Sinn des Merkmals fremd oder gepfändet oder dem Jagdrecht unterliegend ist unabhängig von den Voraussetzungen, an die das Sachenrecht diese Rechtsfolgen knüpft. Deshalb begeht der Täter, der aufgrund eines Rechtsirrtums eine Sache für fremd oder gepfändet oder dem Jagdrecht unterliegend hält, einen untauglichen Versuch und kein Wahndelikt.⁶³

61 Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 2), § 15 Rn. 43; Stratenwerth AT (Fn. 2), Rn. 259; Warda (Fn. 2), 80; SK-Rudolphi (Fn. 2), § 16 Rn. 21; Lackner (Fn. 9), § 15 Anm. II 2b.

62 Schaffstein (Fn. 35), S. 197; Jakobs AT (Fn. 9), 25/42.

63 LK-Vogler (Fn. 9), § 22 Rn. 148; Herzberg (Fn. 15), S. 472 f.; SK-Rudolphi (Fn. 2), § 22 Rn. 32a; Schönke/Schröder-Eser (Fn. 2), § 22 Rn. 90; Blei, JA 1973, 603 f.; OLG Stuttgart NJW 1962, 65, 66; BGHSt 3, 248, 255; Burkhardt (Fn. 16), S. 686 kommt zum Wahndelikt mit der Begründung, dass der Täter »den Anwendungsbereich der Norm überdehne«. Dabei setzt er Anwendungsbereich mit Extension und diese mit den »Kriterien der Anwendung« gleich. Diese Kriterien der Anwendung eines (rechts)normativen Tatbestandsmerkmals werden wieder gleichgesetzt mit den dieses »konstituierenden Normen«. Es ist nach Burkhardt ein Fehler, die normativen Tatbestandsmerkmale von den sie konstituierenden Normen »abzukoppeln«, also z. B. das Merkmal »fremd« von den Eigentumserwerbs-tatbeständen. Dazu haben wir schon oben (S. 155 f.) Stellung genommen. Der Tatbestand einer ein (rechts)normatives Merkmal konstituierenden Norm ist von deren Rechtsfolge zu unterscheiden, ohne dass es dazu erst eines »Abkoppelns« bedarf. Anders ist das bei einem Blankettmerkmal. Burkhardt demonstriert seine These vom unzulässigen »abkoppeln« denn auch an einem solchen, nämlich der Zuständigkeit zur »Abnahme von Eiden«. Dieser Ausdruck hat allerdings keinen von § 154 unabhängigen Sinn. Der Sinn des Begriffs fremd ist von § 242 ebenso unabhängig wie von § 929 BGB. Der grundlegende Fehler der Argumentation von

Nun erschöpft sich der Sinn eines wertenden Prädikats nicht darin, auf bestimmte deskriptive Eigenschaften des Gegenstandes Bezug zu nehmen. Wie der Inhalt einer solchen wertenden Komponente allgemein zu beschreiben ist, ist in der Metaethik streitig. Sie wird als Ausdruck einer Wertidee verstanden, die wir aufgrund einer besonderen Fähigkeit der Intuition zu begreifen und anzuwenden in der Lage sind, oder als Ausdruck der persönlichen Vorliebe oder Ablehnung oder auch als rhetorisches Mittel zur suggestiven Beeinflussung des Verhaltens anderer.⁶⁴ All diesen Bestimmungsversuchen ist gemeinsam, dass sie einen besonderen Bezug zu den Benutzern des Wertprädikats herstellen, wie er beim Benutzer eines deskriptiven Prädikats nicht besteht. Deshalb stellt sich die Frage, auf welchen Benutzer es bei den tatbestandlichen Wertprädikaten ankommt. Es besteht Einigkeit darüber, dass es insoweit nicht auf den Täter als Benutzer des Wertprädikats ankommt, der braucht sein Verhalten nicht selbst negativ zu bewerten oder gar abzulehnen.⁶⁵ Die Wertprädikate in Tatbeständen nehmen vielmehr Bezug auf die Wertungen der Rechtsgemeinschaft und damit auf für den Täter heteronome Normen, ebenso wie die Blankettmerkmale und die gesamtatbewertenden Merkmale. Wäre diese wertende Komponente also Bestandteil des Vorsatzes, so müsste der Täter wissen, dass die Allgemeinheit seiner Handlung oder seinem Handlungsobjekt das betreffende Wertprädikat aufgrund von dessen ihm bekannten Eigenschaften zuschreibt. Er müsste beispielsweise nicht nur wissen, welche Schmerzen und Qualen er seinem Opfer bei der Tötung zufügt oder welchen Inhalt die von ihm verbreitete Videokassette hat, sondern auch, dass die Allgemeinheit eine solche Tötung für grausam oder ein solches

Burkhardt besteht aber darin, das Wahndelikt als Irrtum über die Extension des Tatbestands zu bestimmen. Anhand der Extension läßt sich der Unterschied zwischen Versuch und Wahndelikt nicht feststellen, denn ein Irrtum über die Extension (wenn man will eine Überdehnung) des objektiven Tatbestandes liegt beiden zugrunde. Wer auf eine Vogelscheuche schießt, die er für einen Menschen hält, glaubt, dass ein Fall des § 212 vorliegt, irrt sich also über dessen Anwendungsbereich i. S. von Extension; vgl. auch *Rudolphi* (Fn. 2), § 22 Rn. 32 b.

⁶⁴ Zum Intuitionismus s. etwa *P. F. Strawson*, Der ethische Intuitionismus, Originaltitel: *Ethical Intuitionism*, 1949, deutsch von G. *Meggle*, in: G. Grewendorf, G. Meggle, Seminar: Sprache und Ethik, 1974, S. 100 ff. Zum Emotivismus C. L. *Stevenson*, Die emotive Bedeutung ethischer Ausdrücke, Originaltitel: *The Emotiv Meaning of Ethical Terms*, 1937, deutsch von A. *Kemmerling*, in: Seminar: Sprache und Ethik, S. 116; R. M. *Hare* (Fn. 59), S. 109 (Kapitel II 2). Einen knappen Überblick über die verschiedenen Positionen zum wertenden Gehalt eines Wertprädikats gibt *Kindhäuser* (Fn. 57), S. 472 f.

⁶⁵ BGHSt 3, 264, 265; 19, 352, 353; 22, 70, 80; *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958, 102; *Jakobs* AT (Fn. 9), 8/55.

Video für gewaltverherrlichend, pornographisch oder bekenntnisbeschimpfend hält.⁶⁶

Tatsächlich wird das aber vor allem von der Rechtsprechung für den Vorsatz nicht verlangt trotz aller Lippenbekenntnisse zur Erforderlichkeit der Parallelwertung in der Laiensphäre.⁶⁷ Es wird vielmehr nur darauf verwiesen, dass der Täter erstens die Tatsachen kennt, aufgrund deren die Wertung gerechtfertigt ist, und zweitens es nicht erforderlich ist, dass er sie für sich persönlich trifft, beispielsweise seine Tötungshandlung selbst für grausam oder seinen Videofilm für gewaltverherrlichend hält. Die Frage, ob er sich darüber klar war, dass die Allgemeinheit so wertet, wird erst gar nicht gestellt.⁶⁸ Das entspricht zwar nicht dem Dogma von der Erforderlichkeit der Parallelwertung in der Laiensphäre, wohl aber dem Grundsatz, dass vom Bürger die richtige Erkenntnis der allgemeingültigen ungeschriebenen Rechtsnormen grundsätzlich erwartet wird.⁶⁹ Ein ausreichend sozialisierter Bürger ist in der Lage, durch bloße Introspektion zu erkennen, dass die Gemeinschaft sein Handeln so bewertet, wenn er die Eigenschaften kennt, die diese Wertung tragen, also die deskriptive Komponente des betreffenden Wertprädikats. Auf diese deskriptive Komponente können wir, wenn sie einmal anhand des Falles für die einzelne Verwendung des Wertprädikats festgelegt ist, unser Verfahren zur Unterscheidung von Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum wie gewohnt anwenden. Können wir vom Täter eine Beschreibung dieser deskriptiven Komponente erhalten, so hatte er die für den Tatbestand erforderliche Sinnvorstellung und kann sich nur noch in einem irrelevanten Wertungsirrtum oder in einem Subsumtionsirrtum befunden haben. So bleibt uns das Problem erspart, die Synonymität und Implikation der wertenden Komponente von

66 So *Kunert* (Fn. 65), S. 102; dagegen *Schaffstein* (Fn. 35), S. 197. Dass die Rechtsgemeinschaft einem Objekt oder einer Handlung ein bestimmtes Wertprädikat zuschreibt, ist eine institutionelle Tatsache i. S. v. *Seal* und *Darnstädt*, vgl. (Fn. 19). Trotzdem tut *Darnstädt* nicht gut daran, sie mit den Rechten und Rechtsverhältnissen unter den Begriff der institutionellen Tatsache zusammenzufassen, dazu sogleich im Text.

67 BGHSt 3, 248, 255; 4, 347, 352; BayObLG GA 1955, 308, 309; OLG Celle MDR 1956, 54.

68 Vgl. BGHSt 3, 264 (265) zum Merkmal grausam; BGHSt 22, 77, 80 zur Heimtücke; BGHSt 4, 80, 85 f. zum Dienen im entgegengesetzten Interesse bei § 356; BGHSt 19, 352, 353 zur Gefährlichkeit einer Behandlung bei § 223a. Dagegen verlangen BayObLG, GA 1955, 308, 309 beim Merkmal sittenwidrig in § 184 a.F. und OLG Celle, MDR 1956, 54 beim Merkmal unwaidmännische Ausübung der Jagd, dass der Täter selbst seinem Verhalten i. S. einer Parallelwertung die negative Wertkomponente zuschreibt, was, wie gezeigt, jedenfalls nicht i. S. einer richtig angewandten Parallelwertungslehre ist.

69 Damit entspricht die Beschränkung des Vorsatzwissens auf die deskriptive Sinnkomponente wertender Merkmale dem Grundgedanken der Schuldtheorie, vgl. *Schaffstein* (Fn. 35), S. 197.

Wertprädikaten feststellen zu müssen, eine Aufgabe, die solange unlösbar ist, als über den Sinn dieser Komponente in der Metaethik Streit und Unklarheit besteht.⁷⁰

Der Sache nach werden also die Wertprädikate in Straftatbeständen genauso behandelt wie die sog. gesamtatbewertenden Merkmale. Der Täter muss ihre tatsächliche Grundlage kennen, mehr nicht. Zwischen diesen beiden Merkmalsarten bestehen wesentliche Gemeinsamkeiten. Beide sind insofern ausfüllungsbedürftig, als sie auf deskriptive Eigenschaften hinweisen, die sie nicht ausdrücklich benennen. Die Ausfüllung beider wird durch allgemein anerkannte ungeschriebene Rechtsnormen bestimmt. Der Täter soll sie eigenständig vornehmen, indem er sein eigenes Wertempfinden zu Hilfe nimmt und sich auf das besinnt, was er im Rahmen seiner Sozialisation über die Regeln des Zusammenlebens gelernt hat. Eine solche Ausfüllung ist ihm mindestens in der Regel möglich, ohne Rechtsauskunft einzuholen oder andere positive Kenntnisse zu erwerben. Jedenfalls sollte der Strafgesetzgeber in seinen Tatbeständen als Merkmale nur solche Wertprädikate verwenden, die in diesem Sinne für den Bürger verständlich sind. Die Gerichte sollen ein Wertprädikat auch nur in der Art eindeutigen Fällen anwenden, in denen in der Rechts- und Sprachgemeinschaft weitgehend Einigkeit über sein Zutreffen besteht.

Ein gewisser Unterschied besteht in der Art, wie ein Wertprädikat im Gegensatz zu einem gesamtatbewertenden Merkmal auf die tatbestandsmäßigen Tatsachen hinweist. Sie sind Bestandteil des Sinns des Wertprädikats als dessen deskriptive Komponente, darum wird die Norm durch die Verwendung des Wertprädikats nicht tautologisch. Die sog. gesamtatbewertenden Merkmale verweisen dagegen auf andere ungeschriebene Normen. Das macht aber dem Täter die Ermittlung der deskriptiven Komponente des

70 Der Intuitionismus ist dem Vorwurf ausgesetzt, gleich zwei mysteriöse Gegenstände anzunehmen, den Wert und die Intuition. Der Emotivismus vermag die Vielfalt bewertender Prädikate nicht zu erklären. Für ihn kann es nur zwei davon geben, gut und schlecht. Und er untersucht auch fast ausschließlich die Bedeutung von gut, vgl. *Hare* (Fn. 59), Kapitel II. Das aber ist das inhaltsärmste und farbloseste aller bewertenden Prädikate und unterscheidet sich insofern signifikant von den Wertprädikaten, mit denen wir es in Straftatbeständen zu tun haben. Die Norm »tue das Gute« ist tautologisch, die Norm »mißhandele Deinen Schutzbefohlenen nicht roh« oder »verbreite keine grausamen und gewaltverherrlichenden Schriften« ist es nicht. Wenn *Stevenson* (Fn. 64), S. 130 ff. darlegt, die emotive Bedeutung bestehe darin, dass der Sprecher versuche, den Hörer auf eine subtilere Weise als durch einen Befehl suggestiv zu beeinflussen, so beschreibt er einen besonderen Gebrauch, aber damit noch keinen Sinn, vgl. dazu *Strawson* (Fn. 64), S. 112. Würde der Sprecher mit dem ethischen Ausdruck nur erklären, dass er den Hörer suggestiv beeinflussen wolle, so wäre diese Methode der Beeinflussung nicht brauchbar und schon gar nicht subtil oder suggestiv.

Wertprädikats nur leichter. Auch sind die Übergänge hier völlig fließend. Es gibt mehr oder weniger inhaltsreiche Wertprädikate, und auch die Verweisung auf ungeschriebene allgemeingültige Normen, die für die gesamtatbewertenden Merkmale charakteristisch ist, geschieht, wenn sie ausdrücklich geschieht, durch eine Art Wertprädikat, wenn auch ein ziemlich inhaltsarmes. Auch das Merkmal »fahrlässig« oder das Merkmal »verwerflich« in § 240 Abs. 2 kann man als Wertprädikat bezeichnen. Sind Merkmale wie »beschimpfenden Unfug verüben«, »roh mißhandeln« oder »grob verkehrswidrig« Wertprädikate oder gesamtatbewertende Merkmale?

Dass die gesamtatbewertenden Merkmale, wie ihr Name sagt, sich auf die gesamte Tat beziehen, ist, wenn überhaupt, allenfalls ein grammatischer Unterschied. Die Natur eines Merkmales ändert sich nicht dadurch, dass es statt im Grundtatbestand in der Qualifikation vorkommt, wie das Beispiel der Verwerflichkeit in § 240 und § 253 zeigt. Kommt ein Wertprädikat in einem Tatbestand als strafbegründendes Merkmal vor, so ist es im logischen Sinne immer gesamtatbewertend, denn die Strafbarkeit des Verhaltens als ganzes hängt vom Zutreffen dieses Wertprädikats ab. Gegen das Herstellen, Vorrätighalten oder Verbreiten von Schriften ist an sich nichts einzuwenden. Treffen auf diese Schriften aber Wertprädikate wie zum Rassenhaß aufstachelnd, gewaltverherrlichend oder pornographisch zu, so erscheint die ganze Tat in einem anderen Licht. Sobald man also offen zugibt, dass bei den Wertprädikaten nur die deskriptive Komponente Bestandteil des Vorsatzwissens wird, und damit auf das oben erwähnte Lippenbekenntnis zur Parallelwertung in der Laiensphäre verzichtet, erledigt sich das unlösbare Problem, die Wertprädikate von den gesamtatbewertenden Merkmalen zu trennen.

Auch ein weiteres vielbehandeltes Problem erledigt sich: Die Unterscheidung zwischen den sog. normativen und den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen. Es ist in vielen Fällen streitig und ungewiss, ob ein Tatbestandsmerkmal überhaupt eine wertende Komponente hat.⁷¹ Der Streit wird gegenstandslos, wenn es auf diese wertende Komponente für den Vorsatz nicht mehr ankommt. Wesentlich ist dagegen der Unterschied zwischen den rechtlich institutionellen Tatsachen und den Wertprädikaten. Wie gezeigt, werden sie gegensätzlich behandelt. Bei den rechtlich institutionellen Tatsachen muss der Täter das vom Tatbestand bezeichnete Rechtsverhältnis als solches kennen und begeht einen untauglichen Versuch, wenn er es irrtümlich annimmt. Er braucht dagegen nicht die tatsächlichen Voraussetzungen des Entstehens dieses Rechtsverhältnisses zu kennen. Bei den wertenden Tatbestandsmerkmalen muss der Täter das tatsächliche Substrat, also die deskriptive Komponente kennen, und das unabhängig davon, ob es ein Wertprädikat oder ein

71 Schönke/Schröder-Cramer (Fn.2), § 15 Rn. 17, 41; Schönke/Schröder-Lenckner (Fn.2), Vor §§ 13 ff. Rn. 64; Jakobs AT (Fn. 9), 8/51; Stratenwerth AT (Fn. 2), Rn. 258, 269; Dopplaff (Fn. 13), S. 2.

sog. gesamtatbewertendes Merkmal ist. Die wertende Komponente, die man intuitiv zuerst mit dem im Tatbestand verwendeten Wertprädikat verknüpft, muss er dagegen nicht kennen. Verkennt er die Wertung, weil seine Wertmaßstäbe laxer sind als diejenigen, die der Verwendung des Wertprädikats in der Sprechergemeinschaft zugrunde liegen, so hilft ihm dieser Irrtum nichts. Ob man ihn einen Subsumtionsirrtum nennen kann oder nicht, ist demgegenüber eine zweitrangige Frage. Nimmt der Täter dagegen aufgrund von Tatsachen, die die Verwendung des Wertprädikats nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht rechtfertigen, dessen Erfülltsein in seinem Fall deshalb an, weil er strengere Wertmaßstäbe anlegt, so begeht er keinen untauglichen Versuch, sondern ein Wahndelikt. Denn die deskriptive Komponente des werthaltigen Tatbestandsmerkmals gehört zu dessen Sinn, der Täter muss sie sich also vorstellen, um vorsätzlich zu handeln.

Die Unterscheidung zwischen Wertprädikaten und solchen, die rechtlich institutionelle Tatsachen bezeichnen, scheint mir prinzipiell keine Schwierigkeiten zu machen. Die Art, wie sich eine in einem Tatbestand verwendete Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses auf die dieses Verhältnis regelnden Rechtsnormen bezieht, ist eine andere als die, in der sich ein Wertprädikat auf die gesellschaftlichen Verhaltensnormen bezieht, nach denen die Wertung vorgenommen wird. Bei den Beziehungen zwischen Normen und einzelnen Rechtsverhältnissen ist zunächst zu unterscheiden zwischen den Normen, die die Möglichkeiten der Begründung des Rechtsverhältnisses regeln, und denen, die seinen Inhalt bestimmen. Die ersteren verhalten sich zu dem Rechtsverhältnis als institutionelle Einzeltatsache etwa wie Kausalgesetze zu einer einzelnen Wirkung, deren Zustandekommen durch sie i. V. m. anderen Einzeltatsachen erklärt werden kann. Für den Inhalt (Sinn) der rechtlich-institutionellen Tatsache selbst sind sie nicht bestimmend.⁷² Die Normen, die den Inhalt des Rechts oder des Rechtsverhältnisses regeln, bestimmen zwar letztlich den Sinn dieses Begriffes, also z. B. § 903 BGB den Sinn der Begriffe Eigentum und damit auch fremd oder § 1204 und § 1228 den Sinn des Begriffes Pfandrecht. Aber auf diese Normen nehmen die Tatbestände zum Schutz von Eigentum und Pfandkehr trotzdem nicht in der gleichen Weise Bezug wie die Wertprädikate auf die ihren Sinn bestimmenden Normen, solange der Tatbestand die verbotene Angriffsweise selbst beschreibt. Vom Inhalt des verletzten Rechts braucht dann der Täter nur eine vage Vorstellung zu haben. Der Täter einer Pfandkehr befindet sich in keinem relevanten Irrtum, wenn er glaubt, der Pfandgläubiger dürfe ein Pfand bei Schuldnerverzug »einfach behalten« oder freihändig verkaufen. Bei den Wertprädikaten ist die Norm, auf die die wertende Komponente Bezug nimmt, aber gerade die des Tatbestandes. Rohe Misshandlung nenne ich eine Behandlung deshalb, weil

⁷² Das verkennen *Burkhardt* (Fn.16), S. 687 und wohl auch *Jakobs AT* (Fn. 9), 25/42.

ich meine, dass man einen anderen so nicht behandeln soll, gewaltverharmlosend nenne ich eine Darstellung, weil ich u. a. meine, man sollte sie Jugendlichen nicht in die Hand geben, damit sie keine falschen Vorstellungen und Maßstäbe für Gewalt bekommen. Die tatbestandsmäßige Verhaltensnorm ist zwar hier vielleicht nicht die einzige, die zur Bildung des Maßstabes herangezogen werden kann, aber sie ist unter diesen Normen. Das ist ein anderer und engerer Sinnbezug als nur der der sog. teleologischen Auslegung. Diese enge Beziehung zwischen wertender Komponente und der den Tatbestand selbst bildenden Verhaltensnorm ist letztlich der Grund dafür, dass ein Irrtum über den Maßstab als Irrtum über den Sinn der Verhaltensnorm (Subsumtionsirrtum) unbeachtlich ist.

Die Lehre von der Parallelwertung in der Tätersphäre hat zunächst diese beiden ihrem Sinne nach ganz verschiedenartigen Merkmalsarten unter den Begriff der »normativen« zusammengefasst. Das mag im Zusammenhang mit der Entstehung des Begriffs »normative Tatbestandsmerkmale« in Auseinandersetzung mit der Lehre vom wertfreien Tatbestand seine Berechtigung haben, in der Irrtumsdogmatik findet es sich nicht. Dann hat jene Lehre mit dem Ausdruck »Parallelwertung« eine Terminologie entwickelt, die auf die Wertprädikate passt, dieses Erfordernis aber auf die institutionellen Tatsachen und nur auf diese angewandt.⁷³ Dadurch hat sie zwar letztendlich nicht in der Praxis, aber doch in der Theorie der Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Subsumtionsirrtum erhebliche Konfusion angerichtet.

Zusammenfassung

Unsere Überlegungen über den Sinn der Tatbestände und ihrer einzelnen Merkmale, die Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum und den Grundgedanken, der der Behandlung des Verbotsirrtums in § 17 zugrunde liegt, haben im Prinzip zu den gleichen Unterscheidungen geführt, die das Reichsgericht schon mit seiner Lehre vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum getroffen hat. Diese Lehre verdankt ihren Misskredit und ihre bis vor kurzem⁷⁴ einhellige Ablehnung in der Wissenschaft vor allem ihrer unglückseligen Terminologie. Diese Terminologie hat dem Reichsgericht den Vorwurf des Formalismus und der Oberflächlichkeit eingetragen. Sie hat aber vor allem den tiefgreifenden Unterschied zwi-

⁷³ Es versteht sich, dass man so nur mit einem Ausdruck verfahren kann, dessen Sinn unklar ist. Das ist der Parallelwertungslehre auch neuerdings mehrfach vorgeworfen worden, vgl. z. B. *Maurach/Zipf* AT 1 (Fn. 2), § 37 Rn. 48; *Dopsloff* (Fn. 13), S. 25; *Kuhlen* (Fn. 13), S. 204 ff.

⁷⁴ Neuerdings zeichnet sich eine Renaissance der Irrtumsauffassung des RG in der Wissenschaft ab, vgl. *Tiedemann* (Fn. 33), S. 297; *Herzberg* (Fn. 15), S. 473; *Haft*, JuS 1980, 588, 590; *ders.* (Fn. 2), S. 285 und vor allem *Kuhlen* (Fn. 13), S. 121 ff. Übersicht bei *Tischler* (Fn. 2), S. 321 ff.

schen zwei ganz verschiedenen Arten von Irrtümern verwischt, indem sie beide als Rechtsirrtümer bezeichnet. Was das Reichsgericht als außerstrafrechtliche Rechtsirrtümer bezeichnet, sind vor allem die Irrtümer über rechtlich institutionelle Tatsachen, an die eine Strafnorm genauso anknüpfen kann wie an natürliche Tatsachen. Was das Reichsgericht als strafrechtlichen Rechtsirrtum bezeichnet hat, ist vor allem der Subsumtionsirrtum, also ein Irrtum über den Inhalt derjenigen Norm, die für den Täter selbst gilt und durch das Strafrecht geschützt wird. Dass der Subsumtionsirrtum als solcher unbeachtlich ist und der Verbotsirrtum strenger behandelt wird als der Tatbestandsirrtum, hängt mit dem Geltungsanspruch dieser Normen zusammen, der nicht von ihrer positiven Kenntnis durch den Täter abhängig gemacht werden soll. Die durch die Terminologie des Reichsgerichts hervorgehobene Gemeinsamkeit zwischen beiden Irrtumsarten, dass sie beide etwas mit dem Recht zu tun haben, ist äußerlich, nicht der zwischen ihnen bestehende Gegensatz.

Auch bei den Blankettgesetzen sind wir zur Lehre des Reichsgerichts zurückgekehrt, die insofern liberaler war als die heute herrschende, als sie für den Vorsatz außer dem Wissen um den Tatbestand der blankettausfüllenden Norm auch das um ihre Gültigkeit verlangt hat. Auch hier ist der vom Reichsgericht mit den Umschreibungen strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Irrtum gemeinte Gegensatz nicht so äußerlich, wie es nach dieser Ausdrucksweise den Anschein hat. Es geht nicht darum, in welches Gesetzbuch der Gesetzgeber eine Verhaltensnorm geschrieben hat, ob in das StGB oder ein anderes Gesetz. Es geht vielmehr auch hier um die Unterscheidung zwischen dem Kernbestand allgemein anerkannter Verhaltensnormen, deren Kenntnis zur Sozialisation jedes Mitglieds der Rechtsgemeinschaft gehört, und anderen kraft positiven Rechts gültigen Verhaltensnormen, deren Kenntnis vom Bürger nicht schon deshalb ohne weiteres erwartet werden kann, weil der Gesetzgeber sie mit Strafe bewehrt hat. Wenn der Gesetzgeber sich dabei der Form des Blankettgesetzes bedienen muss, weil es ihm nicht möglich ist, die Verhaltensnorm bündig und in einfachen Ausdrücken zu formulieren, so ist das das beste Indiz dafür, dass es sich nicht mehr um jenen Grundbestand allgemein anerkannter Verhaltensnormen handelt.⁷⁵

Eine in einem Tatbestand ausgedrückte Wertung, sei es durch ein Wertprädikat oder ein sog. gesamtatbewertendes Merkmal (Rechtspflichtmerkmal), ist dahin zu verstehen, dass nicht auf die Wertung des Täters, sondern auf die der Rechtsgemeinschaft angespielt wird, ein Wertungsakt ist also

⁷⁵ Seit der moderne Strafgesetzgeber sich mit seitenlangen Tatbeständen mit mehrstelligen Zahlen von Alternativen abfindet, hat das Kriterium an Signifikanz verloren, aber weniger als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn schaut man sich diese Bandwurmtatbestände näher an, so findet man in ihnen ganze Ansammlungen von Blankettmerkmalen.

niemals Bestandteil des Vorsatzes. Aber auch die institutionelle Tatsache, dass die Rechts- und Sprachgemeinschaft in einem bestimmten Fall diese Wertung trifft, ist nicht Bestandteil des Vorsatzwissens, sondern nur die deskriptive Komponente des Wertprädikats. Denn auch der Vollzug dieser Wertungen gehört zu jenem Grundbestand gemeinsamer Rechtsüberzeugungen, die die Rechtsgemeinschaft ausmachen und Bestandteil der Sozialisation ihrer Glieder ist. Der einzelne wird bei der deskriptiven Ausfüllung der Wertprädikate auf sein eigenes Wertempfinden verwiesen, nicht als Inhalt des Vorsatzes, aber als Mittel der Erkenntnis. In der Irrtumsdogmatik braucht also kein Unterschied gemacht zu werden zwischen Wertprädikaten, die sich grammatisch nur auf einzelne Tatbestandsmerkmale beziehen, und den sog. gesamtatbewertenden Merkmalen. Eine solche Unterscheidung ist auch nicht sinnvoll, denn logisch sind alle strafbarkeitsbegründenden Wertprädikate auch gesamtatbewertend.

Was Inhalt des Vorsatzwissens ist, bestimmt der Gesetzgeber, und zwar im Strafgesetz durch die Formulierung des Straftatbestandes. Das ist die Rechtfertigung für die prinzipielle Unterscheidung zwischen dem strafrechtlichen und dem sog. außerstrafrechtlichen Irrtum. Der Inhalt des Vorsatzes ist nicht mehr und nicht weniger als der Sinn (Intension) der tatbestandsmäßigen Tatbeschreibung. Der Rechtsanwender ist nicht befugt, diese durch irgendeine andere Tatbeschreibung zu ersetzen, auch nicht durch eine, die die gleiche Extension hat. Der Rechtsanwender ist auch nicht befugt, das Erfordernis der Sinnkenntnis dadurch aufzuweichen, dass er sich mit einer sog. »Parallelwertung in der Laiensphäre« begnügt. Der Täter muss sich diesen Sinn allerdings nicht unbedingt in den Begriffen und Ausdrücken des Tatbestandes vorstellen. Deshalb gibt es neben dem Tatbestandsirrtum einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum. Der Täter hat die erforderliche Sinnkenntnis dann, wenn er eine Beschreibung des Sachverhalts gibt, die entweder synonym mit der des Tatbestandes ist oder einen Spezialfall des Tatbestandes enthält, den Tatbestand also intensional impliziert. Wir haben ein Verfahren angegeben, um den Subsumtionsirrtum vom Tatbestandsirrtum zu unterscheiden. Zwischen beiden Irrtumsarten gibt es keine fließenden Übergänge. Entsteht im Einzelfall Streit darüber, ob ein Subsumtionsirrtum oder ein Tatbestandsirrtum vorliegt, so hat dieser Streit seinen Grund darin, dass zweifelhaft ist, was der Sinn des einzelnen Tatbestandes ist.

Wir sind am Ende unseres Versuches, etwas Licht in das Dunkel der Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum zu tragen. Mag sich zeigen, ob das Ergebnis Konfusion ist oder Banalität.

Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses

(Festschrift für Karl Lackner 1987, 199–245)

»Und wer also nicht die Fähigkeit besitzt, sich einmal sozusagen Scheuklappen anzulegen und sich hineinzusteigern in die Vorstellung, daß das Schicksal seiner Seele davon abhängt, ob er diese, gerade diese Konjektur an dieser Stelle dieser Handschrift richtig macht, der bleibe der Wissenschaft nur ja fern.«

Max Weber,

»Vom Beruf zur Wissenschaft«

Einleitung

Im Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Logik lassen sich in den letzten Jahrzehnten zwei gegenläufige Tendenzen beobachten. Einerseits ist das Interesse der Rechtswissenschaft an der Logik ständig gewachsen. Wir verfügen inzwischen über eine Reihe von Lehrdarstellungen der elementaren Logik, die speziell für Juristen geschrieben sind,¹ und über zahlreiche metatheoretische Untersuchungen über die Bedeutung und Leistungsfähigkeit der Logik in der Jurisprudenz.² Andererseits finden sich in der Denkpraxis der Rechtswissenschaft, also in den Diskussionen der Einzelprobleme, immer weniger logische Deduktionen, und wenn sie sich finden, wird ihre Überzeugungskraft offensichtlich als gering eingeschätzt.

Eine anerkannte Theorie ist durch den Nachweis eines logischen Fehlers kaum zu erschüttern;³ umgekehrt hindert der Nachweis, dass ein bestimmtes

1 Z. B.: *Klug*, juristische Logik, 4. Aufl., 1982; *Weinberger*, Rechtslogik, 1970; *Tammelo/Schreiner*, Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik, Bd. I: 1974, Bd. 2: 1977; *Bund*, Juristische Logik und Argumentation, 1983; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980.

2 Z. B.: *Engisch*, Formale Logik, Begriff und Konstruktion in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechtswissenschaft, FS-Klug, Bd. 1, 1983, S. 33 ff; *Fiedler*, Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre, FS-Klug, Bd. 1, S. 55 ff; *Lampe*, »Juristische« Logik, »logische« Jurisprudenz?, FS-Klug, Bd. I, S. 113 ff.

3 Als Beispiel mag die Formel von der *conditio-sine-qua-non* in der Lehre von der Kausalität dienen. Sie hat ihren logischen Bankrott schon mehr als ein halbes Jahrhundert, nämlich seit *Engischs* Abhandlung von 1931 über die »Kausalität als

Argument gegen eine Theorie seinerseits logisch fehlerhaft ist, deren Gegner nicht daran, es unverändert zu wiederholen.⁴

Ein logischer Fehler in einer Theorie gilt dem Juristen anscheinend als eine Art Formmangel, der durch das anderweitig begründete oder intuitiv empfundene Einverständnis mit dem Endergebnis geheilt wird. Mag irgendet

Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände«, S.13 ff, überlebt (vgl. etwa: *Baumann/Weber*, AT, 9. Aufl., 1985, S. 217 ff; *Welzel*, 11. Aufl. 1969, S. 43 ff; *Dreher/Tröndle*, 42. Aufl., 1985, Vor § 1; Rn. 17 ff; *Ebert*, Jura 1979, 561 [563]). Dabei ist dieser Bankrott ein totaler. Er besteht nicht nur darin, dass die Formel ihren ursprünglichen Anspruch nicht einlösen konnte, eine Methode zur Feststellung des Bedingungs-zusammenhangs anzugeben, den man im Recht Kausalität nennt; das ist durch Zurücknahme dieses Anspruchs leicht zu korrigieren. Der logische Bankrott besteht vielmehr darin, dass die Formel diesen Bedingungs-zusammenhang selbst, d.h. seine logische Struktur, falsch beschreibt (*Engisch*, Kausalität, S. 17 f.; *Jescheck*, AT, 3. Aufl., 1978, S. 226 f; Schönke/Schröder-Lenckner, 21. Aufl., 1982, Vor § 13 f, Rn. 74 ff; *Rudolphi*, SK, Stand: 1984, Vor § 1, Rn. 40). Der juristischen Praxis und zum großen Teil auch der Theorie fällt es offenbar leicht, mit diesem logischen Fehler zu leben, obwohl er inzwischen allgemein bekannt ist. *Engischs* Formel von der gesetzmäßigen Bedingung hat sich trotz ihrer fast allgemein anerkannten methodischen Überlegenheit (*Wessels*, AT, 15. Aufl., 1985, S. 47; *Maurach/Zipf*, AT 1, 6. Aufl., 1983, S. 241 ff.) wegen der größeren Unbequemlichkeit ihrer Handhabung weder in der Rspr. noch in der Lehrpraxis durchsetzen können.

- 4 So wirft z. B. die herrschende Lehre von der *aberratio ictus* der Gegenmeinung seit eh und je vor, mit der Fiktion eines auf das getroffene Objekt konkretisierten oder eines insoweit unbestimmten Gattungsvorsatzes zu arbeiten, während es gerade die These dieser Gegenmeinung ist, dass eine solche Konkretisierung überflüssig sei (*Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 268 f; *Finger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., 1904, S. 254; *ders.*, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, FS-Binding, Bd. I, 1914, S. 257 [268 ff]; *Coenders*, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, 1909, S. 118 f; *Kohler*, Leitfaden des deutschen Strafrechts, 1912, S. 63 ff; *Beling*, Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 324 f; *ders.*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen StGB, 1910, S. 49 f; *ders.*, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 47; *M. E. Mayer*, AT, Bd.2, 1915, S. 331; *Sauer*, Allgem. Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 168; *Welzel*, S. 71 f; *Noll*, ZStW 1965 [77. Bd.], S. 1 ff [5]; *Loewenheim*, JuS 1966, 310 [313 f]). Trotzdem findet sich der Vorwurf der Vorsatzfiktion nach wie vor in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren und auch in den neuesten Spezialuntersuchungen zu diesem Thema in unverändertem Wortlaut (*Wessels*, AT, S. 71; *Jescheck*, AT, S. 251; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl., 1970, 10/45; *Rudolphi*, SK, § 16 Rn. 33 *Bemmann*, MDR 1958, 817 ff *Wolter*, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103 ff (125); vgl. auch: *Baumann/Weber*, AT, S. 410 f u. *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 92 ff).

Theoretiker sich der Mühe unterziehen, zu zeigen, wie das gewünschte Ergebnis logisch korrekt zu gewinnen ist. Solange er nicht an die Ergebnisse rührt, wird man ihm dankbar sein und umso beruhigter fortfahren, es unkorrekt zu gewinnen. Kommt es aber (scheinbar oder wirklich) zum Konflikt zwischen der logischen Vereinbarkeit und der angeblichen Sachgerechtigkeit juristischer Sätze, so gilt es als Kennzeichen des modernen und methodisch aufgeklärten Juristen, die Logik zugunsten der Teleologie unbedenklich preiszugeben. Dass dann, wenn es sich wirklich um ein logisch begründetes Prinzip handelt, Widersprüche in Kauf genommen werden, belastet den Juristen kaum, auch wenn ihm der Logiker nachweist, dass aus einem Widerspruch in einem Satzsystem alles ableitbar ist. Die Teleologie wird schon dafür sorgen, dass nur Sachgerechtes abgeleitet wird.

Wenn es aber schon keinen Eindruck macht, dass jeder Widerspruch gegen absolut und allgemein in allen möglichen Welten geltende »Denkgesetze« verstößt, so vielleicht doch, dass er auch gegen das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Grundgesetz verstößt, nämlich gegen Art. 3 GG. Denn jeder Widerspruch bedeutet, dass ungleich behandelt wird, was zuvor als in den maßgeblichen Eigenschaften gleich beschrieben wurde.

Die allgemeine Skepsis gegenüber der Leistungsfähigkeit der Logik im Recht, die gerade auch von solchen Juristen geteilt wird, die sich näher mit Logik beschäftigt haben,⁵ stimmt nur auf den ersten Blick mit der dargestellten Missachtung der Logik in der juristischen Denkpraxis überein: Wenn es richtig ist, dass sich die Anwendung von Logik im Recht in kurzen und trivialen Schlüssen erschöpft, während die Entscheidungen an anderer Stelle fallen und mit anderen Mitteln zu erarbeiten und zu überprüfen sind, müsste es doch ein Leichtes sein, diese Entscheidungen unter Anwendung jener trivialen Schlüsse in logisch korrekter Form darzustellen und zu begründen. Niemand wird die Anwendung oder gar Neuentdeckung komplizierter logistischer Formeln ausgerechnet vom Juristen erwarten, schon deshalb, weil seine Aufgaben in der natürlichen Sprache formuliert sind und auch seine Ergebnisse und Begründungen nicht anders formuliert werden können und dürfen. Aber warum ist dann die Anwendung von Logik im Recht nicht so trivial, dass logische Fehler nicht unterlaufen und wenn doch, leicht zu entdecken und auch zu beseitigen sind?

Die Frage nach den Schwierigkeiten der Anwendung der Logik im Recht ist auch die nach ihrem Erkenntniswert für das Recht. Nur was nicht trivial ist, hat Anspruch auf den Titel »Erkenntnis«. Dieser Frage soll hier nicht durch eine weitere allgemeine rechtstheoretische Untersuchung nachgegangen werden, sondern durch einen praktischen Versuch, in dem erprobt werden soll, auf welche Schwierigkeiten die Anwendung von Logik im Recht

5 Fiedler, Fn. 2, S. 59 ff; Lampe, Fn. 2, S. 113 ff; Sax, JZ 1964, 241.

stößt und was sie für die Erarbeitung von juristischen Ergebnissen zu leisten vermag.

Das sog. Umkehrprinzip der Irrtumslehre eignet sich für einen solchen Versuch gerade deshalb, weil seine logische Natur unklar ist. Es könnte ein Postulat der Logik, der Gerechtigkeit oder auch nur der Ästhetik i. S. einer als schön und einprägsam empfundenen Symmetrie des Systems sein. Der Geltungsanspruch des Umkehrprinzips hängt von dieser seiner Natur ab. Ist es ein ästhetisch-systematisches Postulat, so hat es nur didaktischen Wert i. S. einer zufälligen Merkregel⁶ und kann jederzeit aus jedwedem Grund suspendiert werden. Ist es ein Gerechtigkeitspostulat, so kann es mit anderen Gerechtigkeitspostulaten oder sogar mit Zweckmäßigkeitpostulaten in Konflikt geraten und ihnen auch weichen. Ist es aber ein Postulat der Logik, so ist sein Geltungsanspruch ein universaler und totaler. Jede wie auch immer begründete Einschränkung oder Suspendierung wäre einfach ein Fehler.

Wir verfügen über keine allgemeine Darstellung des Umkehrprinzips in allen seinen Anwendungen. Es wird immer nur in verschiedenen Problemzusammenhängen ausschnittsweise behandelt oder als Argument angeführt. Auch werden die »Umkehrschlüsse«, wo sie Verwendung finden, vor allem in der Rechtsprechung, mehr angedeutet als durchgeführt. Wir müssen also zunächst die verschiedenen Formen des Umkehrschlusses in der üblichen Ausdrucksweise darstellen und versuchen, diese so zu präzisieren, dass jeweils innerhalb der Prämissen der Schlussformen logische Beziehungen zutage treten. Dann müssen wir versuchen, die Umkehrung zu operationalisieren, d. h. als formale Operation mit den logischen Beziehungen der Ausgangssätze so darzustellen, dass sie unabhängig von deren Inhalt durchgeführt werden kann. Wenn uns beides gelingt, können wir feststellen, ob den einzelnen Formen der Umkehrung – wir nennen sie im folgenden Umkehrsätze – ein gültiges Schlusschema zugrunde liegt oder auch mehrere.

Ist dies der Fall, so werden wir versuchen, die gefundenen logischen Beziehungen adäquat in die Alltagssprache zurückzuübersetzen, d. h. so, dass ihre Tragweite inhaltlich richtig und möglichst deutlich in Worten zum Ausdruck kommt. Dann können wir eine Tafel der in der Irrtumslehre vorkommenden Anwendungen gültiger Umkehrsätze aufstellen. Diese einzelnen Anwendungen müssen wir nun auf ihre Brauchbarkeit zur Beantwortung von Irrtumsfragen für sich und i. V. mit anderen Prämissen untersuchen, um zu sehen, inwieweit sie die Ergebnisse tragen, die man aus dem »Umkehrschluss« ableitet.

6 So *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, 6. Aufl., 1984, S. 12.

Präzisierung der Umkehrungen

Der sog. Umkehrschluss wird in vier Formen angewandt:

- I. Wenn ein Irrtum den Täter entlastet, belastet ihn der umgekehrte.
- II. Wenn ein Irrtum den Täter belastet, entlastet ihn der umgekehrte.
- III. Wenn ein Irrtum den Täter nicht entlastet, belastet ihn der umgekehrte nicht.
- IV. Wenn ein Irrtum den Täter nicht belastet, entlastet ihn der umgekehrte nicht.

Versuchen wir nun, die einzelnen Ausdrücke in diesen vier Umkehrsätzen zu präzisieren, müssen wir zunächst beachten, dass schon der Ausdruck Irrtum mehrdeutig ist. Es kann mit ihm eine falsche positive Vorstellung gemeint sein oder auch nur das Fehlen einer richtigen, sog. ignorantia facti. In der Irrtumslehre kommt der Ausdruck in beiden Bedeutungen vor. Der Tatbestandsirrtum etwa ist eine ignorantia facti, denn es ist für ihn nicht mitbestimmend, was sich der Täter vorgestellt hat, ob er z. B. den Menschen, auf den er schoss, für ein Wildschwein, einen Baumstamm oder eine Vogelscheuche gehalten hat, sondern allein, dass er sein Ziel nicht für einen Menschen gehalten hat. Beim sog. umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum braucht es überhaupt keine Vorstellung zu geben, die den Irrtum impliziert: dieser besteht allein in der Unkenntnis der tatsächlich gegebenen objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Aber auch beim sog. Subsumtionsirrtum ist nicht von Interesse, unter welche Begriffe der Täter sein Verhalten subsumiert hat; es fragt sich nur, ob es für seine Strafbarkeit von Bedeutung ist, dass er es nicht unter den Tatbestand subsumiert hat, unter den es fällt.

In anderen Zusammenhängen wird unter einem Irrtum eine positive falsche Vorstellung des Täters verstanden. So ist der sog. umgekehrte Tatbestandsirrtum die positive Vorstellung, mit seinem Verhalten einen Tatbestand zu erfüllen, der in Wirklichkeit nicht erfüllt wird. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum ist die falsche Vorstellung von den tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, und ein umgekehrter Subsumtionsirrtum die irrige Meinung, das eigene Verhalten unterfalle einem bestimmten Tatbestand.

Der Leser mag den Irrtum in der Parallelwertung eines normativen Tatbestandsmerkmals, den Erlaubnisirrtum und den Verbotsirrtum sowie die ihnen entsprechenden umgekehrten Irrtümer daraufhin prüfen, welche eine positive falsche Vorstellung und welche nur das Fehlen einer richtigen Vorstellung beinhalten. Er wird finden, dass immer dann, wenn ein Irrtum nur das Fehlen einer Vorstellung bezeichnet, seine Umkehrung eine unrichtige positive Vorstellung ist und umgekehrt.

Danach bietet sich die folgende Regel zur Umkehrung von Vorstellungen an:

Besteht der strafrechtlich interessierende Irrtum in einer positiven Vorstellung, so ist die Umkehrung deren Negation (nicht die gegenteilige Vorstellung, sondern das Fehlen der Vorstellung). Besteht der strafrechtlich interessierende Irrtum in der Negation einer Vorstellung, so ist die Umkehrung die Setzung der positiven Vorstellung.

Die Umkehrung einer (irrigen) Vorstellung ist also nicht, wie zunächst nahe liegend, die Vorstellung des Gegenteils, also des Negats der (falschen) Vorstellung, sondern nur die Negation der falschen Vorstellung selbst. Der Ausdruck »Umkehrung« erweist sich also als mindestens irreführend.

Auf diese Weise erhalten wir aber noch keine »umgekehrten« Irrtümer, denn ein Irrtum ist eine Abweichung zwischen Vorstellung und Wirklichkeit. Wir haben bisher nur entweder eine fehlende Vorstellung des Täters von der Wirklichkeit hinzugedacht oder eine falsche weggedacht, die Vorstellungen des Täters also der Wirklichkeit angepasst. Um einen »umgekehrten Irrtum« zu erhalten, ist es üblich, die Wirklichkeit nun fiktiv den ursprünglichen Vorstellungen des Täters anzupassen, wenn also der Ausgangsirrtrum im Fehlen einer Vorstellung besteht, sich nun die entsprechenden Tatsachen wegzudenken, wenn der Ausgangsirrtrum in einer positiven unrichtigen Vorstellung besteht, sich die ihr entsprechenden Tatsachen hinzuzudenken. Es werden also, um wieder Irrtümer zu erhalten, zwischen Vorstellung und Wirklichkeit die Wahrheitswerte ausgetauscht.

Das ist aber methodisch unkorrekt, mindestens solange man die beiden Umkehrschritte nicht bewusst macht und voneinander trennt.⁷ Es läuft nämlich darauf hinaus, immer zwei durchaus verschiedene Sachverhaltselemente zugleich auf ihre Relevanz für die Strafbarkeit zu untersuchen, ein objektives und ein subjektives. Jedem Studenten würde man ein solches Vorgehen bei einer Fallprüfung streng verwehren. Dass dies nicht zu heillosen Verwirrung führt, liegt daran, dass das an sich nicht interessierende objektive Element sich entweder als nicht strafbarkeitsentscheidend herausstellt, so bei den Tatsachenirrtümern, oder dass es im entgegengesetzten Sinne relevant ist wie das mit ihm gemeinsam untersuchte subjektive Element, so bei den Rechtsirrtümern. Aber dies ist reine Glückssache; hätten wir z. B. keine Versuchsstrafbarkeit, so würde der Umkehrschluss so, wie er praktiziert wird, die Irrelevanz des Tatbestandsirrtums ergeben.

Wir werden deshalb im Folgenden zunächst auf eine Umkehrung der dem Irrtum korrespondierenden objektiven Tatsachen verzichten und deshalb von umgekehrten Vorstellungen statt von umgekehrten Irrtümern sprechen. Es

7 Auf diese doppelte Umkehrung und auf die Schwierigkeit ihrer Handhabung sowie auf die daraus resultierende Gefahr der Irreführung durch falsche Anwendung eines vermeintlichen Umkehrschlusses hat *Herzberg*, JuS 1980, 469 (479), bereits hingewiesen. Vgl. dazu auch *Spendel*, ZStW 1957 (69. Bd.), 441 (458), der hierin bereits einen irreparablen Fehler des Umkehrprinzips sieht.

wird sich allerdings bei einer bestimmten Art der Anwendung des Umkehrschlusses als vorteilhaft erweisen, auch die korrespondierenden objektiven Bedingungen »umzukehren«. Dann werden wir dies aber in einem besonderen Schritt tun und uns über dessen Gründe und Auswirkungen Rechenschaft geben.

Was bedeuten nun die Ausdrücke »belasten« und »entlasten« in unseren vier Umkehrsätzen? Beide beziehen sich zunächst auf die Strafbarkeit eines Täters wegen eines bestimmten Sachverhalts (Tat) nach einem bestimmten Straftatbestand. Dass ein Irrtum, genauer eine bestimmte Vorstellung oder das Fehlen einer bestimmten Vorstellung, den Täter entlastet, bedeutet also, dass dieser subjektive Tatumstand seiner Strafbarkeit wegen einer bestimmten Tat nach einem bestimmten Tatbestand entgegensteht. Er ist also hinreichende Bedingung für die Negation dieser Strafbarkeit. Nehmen wir für die Strafbarkeit eines Täters nach einem bestimmten Tatbestand die Abkürzung St_{\S} , für eine Vorstellung des Täters oder das Fehlen einer solchen die Abkürzung SU (subjektiver Umstand) und für den auf Strafbarkeit geprüften Sachverhalt die Abkürzung t (Tat), so können wir den Satz, »ein Irrtum entlastet den Täter« wie folgt schematisch darstellen:

$$\wedge (t)(SU[t] \rightarrow \neg St_{\S}[t]).$$

Für alle Taten gilt: Immer wenn der subjektive Umstand gegeben ist, ist die Tat nicht strafbar nach § ...

Die Schemata würden optisch deutlicher, wenn wir uns darauf festlegen könnten, dass »SU« eine positive Vorstellung ist und das Fehlen einer solchen immer als » - SU« ausdrücken würden. Aber darauf dürfen wir uns gerade nicht festlegen, wenn unsere Formeln allgemeingültig bleiben sollen. Denn wir haben gesehen, dass als entlastend mal das Fehlen einer Vorstellung, so beim Tatbestandsirrtum, und mal eine positive Vorstellung, so beim Erlaubnistatbestandsirrtum, erscheint. »SU« kann also auch für das Fehlen einer Vorstellung stehen und demgemäß » - SU« für die Verneinung des Fehlens einer Vorstellung, also für eine positive Vorstellung. Logisch macht es keinen Unterschied, ob wir für eine Variable in einer Formel einen Ausdruck mit einer Negation einsetzen oder ohne Negation, wir müssen nur darauf achten, für die gleiche Variable immer denselben Ausdruck einzusetzen.

Was bedeutet es nun, dass ein subjektiver Tatumstand den Täter belastet? Dass dieser Umstand hinreichende Bedingung der Strafbarkeit sein soll, wäre zuviel verlangt, denn wir befassen uns immer nur mit einer von vielen Voraussetzungen der Strafbarkeit nach einem bestimmten Tatbestand. Also kann nur eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit gemeint sein. Wir können

also den Satz »ein subjektiver Umstand belastet den Täter« wie folgt schematisch darstellen:

$$\wedge (t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

Für alle Taten gilt: Nur wenn der subjektive Umstand gegeben ist, ist die Tat strafbar nach §...

Dies ist diejenige Beziehung eines Sachverhaltselements zur Rechtsfolge der Strafbarkeit, die in der Regel, auch z. B. in § 28, mit dem an sich zweideutigen Ausdruck »strafbarkeitsbegründend« bezeichnet wird. Welche Bedeutung dies für den Fall hat, dass das Sachverhaltselement nicht gegeben ist, ist klar: Für diesen Fall folgt aus jener Beziehung die Negation der Strafbarkeit dieses Sachverhalts nach dem betreffenden Tatbestand. Außerdem lässt sich, wie die schematische Darstellung deutlich macht, aus der Strafbarkeit das Vorhandensein jenes Sachverhaltselements folgern. Das interessiert uns aber nicht, weil es die Frage nach der Strafbarkeit ist, die wir erst zu klären haben. Was aus der notwendigen Bedingung für den Fall zu entnehmen ist, dass die Bedingung erfüllt ist, ist weniger klar, aber für die Anwendung unserer vier Umkehrsätze wichtig. Für diesen Fall besagt die Eigenschaft des Sachverhaltselements, ein strafbarkeitsbegründendes zu sein, dass aus ihm i. V. mit anderen Sachverhaltselementen die Strafbarkeit folgt. Das allein erschöpft seine Bedeutung jedoch nicht. Denn das kann von jedem wahren Sachverhalt gesagt werden.⁸ Entscheidend ist, dass unser strafbarkeitsbegründendes Sachverhaltselement für die Strafbarkeitsbegründung notwendig ist. Es ist also notwendiger Bestandteil einer zureichenden Bedingung der Strafbarkeit des Täters wegen eines bestimmten Sachverhalts nach einem bestimmten Tatbestand. Dies meinen wir, wenn wir im Folgenden davon sprechen, dass eine Vorstellung oder das Fehlen einer Vorstellung die Strafbarkeit nach einem Tatbestand ermögliche oder begründe.

Bedeutet der Ausdruck »ein subjektiver Umstand belastet«, dass der Umstand eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist, so bedeutet »ein subjektiver Umstand belastet nicht«, dass er nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist. Entsprechend bedeutet der Ausdruck »ein Umstand entlastet den Täter nicht«, dass er nicht hinreichende Bedingung der Straflosigkeit ist. Der Inhalt der beiden Ausdrücke besteht also lediglich darin, die Behauptung von bestimmten Bedingungsverhältnissen zwischen den Satzgliedern abzulehnen. Das ist etwas anderes, als wenn die logisch gegenteiligen Beziehungen behauptet würden, d. h. diejenigen, die bestehen, wenn man in der Wahrheitstabelle die Werte des Verknüpfungssatzes vertauscht. Dies würde aber herauskommen, wenn wir die Beziehung notwendige oder hinreichende Be-

⁸ Vgl. z. B.: Carnap, Abriß der Logistik mit besonderer Berücksichtigung der Relationstheorie und ihrer Anwendung, 1912, S. 7; Klug, Juristische Logik, S. 26 f.

dingung in aussagenlogischer Form schreiben und dann verneinen würden, also z. B. für »ein Umstand belastet nicht« schreiben:

$$\wedge (t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

und für »ein Umstand entlastet nicht«:

$$-(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

Eine anschauliche Umformung des ersten Ausdrucks wäre:

$$-(SU[t] \rightarrow St_{\S}[t]).$$

Der subjektive Umstand ist nicht gegeben und die Tat ist nicht strafbar.

Der Ausdruck »der Umstand entlastet nicht« soll aber weder das eine noch das andere besagen, er negiert lediglich, dass diese Möglichkeit ausgeschlossen sei. Für eine Negation einer bestimmten Abhängigkeit von Aussagen kennt aber der aussagenlogische Kalkül kein Zeichen und auch nicht für die Negation jeder Abhängigkeit zweier Aussagen, also für das, was in der juristischen Sprache als Unbeachtlichkeit oder Unerheblichkeit bezeichnet wird. Es besteht im logischen Kalkül kein Bedürfnis nach einem solchen Wahrheitsfunktork, weil aus einer Satzverknüpfung, in der er verwendet würde, nichts abzuleiten ist. Entdeckt ein Logiker, dass eine logische Verknüpfung von Aussagen, vielleicht wider Erwarten, nicht gilt, so wird er sie aus seinen weiteren Überlegungen streichen ohne ein Bedürfnis zu haben, sie zuvor noch in logischen Zeichen auszudrücken.

Wir wollen dies trotzdem versuchen, weil wir uns der logischen Zeichensprache nicht in erster Linie dazu bedienen, Operationen in ihr durchzuführen, sondern zunächst, den Sinn unserer alltagssprachlichen Ausdrucksweise möglichst genau zu ermitteln. Die Aussagenlogik hilft uns, wie wir gesehen haben, dabei nicht weiter, wohl aber die Prädikatenlogik. Deswegen haben wir uns ihrer schon bei der Übersetzung der beiden ersten Ausdrücke bedient. Deren Negation im Prädikatenkalkül sieht so aus:

Für »ein Umstand belastet nicht«:

$$-\wedge (t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

Nicht für alle Taten gilt: Nur wenn der subjektive Umstand gegeben ist, ist die Tat strafbar nach § ...

Für »ein Umstand entlastet den Täter nicht«:

$$\wedge (t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

Nicht für alle Taten gilt: Immer wenn der subjektive Umstand gegeben ist, ist die Tat nicht strafbar nach § ...

Die Behauptungen in der großen Klammer können also für einige Fälle durchaus richtig sein, sie sind es aber jedenfalls nicht für alle. Das und nicht mehr sollen unsere Negationen von Abhängigkeiten aussagen. Anders als in dieser durch die vielen Klammern unübersichtlichen Form der Prädikatenlogik können wir das nicht in logischen Zeichen ausdrücken.

Eine Schwierigkeit bei der Übersetzung logischer Zeichen in die Alltagssprache müssen wir uns in diesem Zusammenhang noch klarmachen. Wenn wir die intensive Implikation ($X \leftarrow Y$) als »notwendige Bedingung« bezeichnen und die extensive Implikation ($X \rightarrow Y$) als »hinreichende Bedingung«, so ist damit zunächst die Assoziation einer Zwangsläufigkeit verbunden. Denn in der Alltagssprache verwenden wir beide Ausdrücke fast immer zur Behauptung einer Gesetzmäßigkeit. Wenn wir nun den Ausdruck $\neg \wedge(t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}(t))$ übersetzen »nicht für alle Taten gilt, dass der subjektive Umstand notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist«, so können wir leicht dahin missverstanden werden, dass wir einen gesetzmäßigen Bedingungszusammenhang zwar nicht für alle Taten behaupten, aber doch für einige. Wir behaupten aber gar keinen gesetzmäßigen Zusammenhang, sondern nur, dass es Taten gibt, bei denen der subjektive Tatbestand nicht gegeben ist und die trotzdem strafbar sind. Daneben mag es strafbare Taten geben, bei denen der subjektive Umstand gegeben ist und natürlich auch straflose, bei denen er fehlt.

Wenn wir jetzt unsere vier Umkehrsätze in logischen Zeichen niederschreiben, wird sich zeigen, ob ihnen ein gültiges Schlusschema zugrunde liegt.

Umkehrsatz I: Wenn ein Irrtum den Täter entlastet, belastet ihn der umgekehrte

$$\neg \wedge(t)([SU(t) \rightarrow St_{\S}(t)] \rightarrow [-SU(t) \leftarrow St_{\S}(t)]).$$

Für alle Taten gilt: Ist der subjektive Umstand hinreichende Bedingung der Straffreiheit (strafbarkeitsausschließend), so ist dessen Negation notwendige Bedingung der Strafbarkeit (strafbarkeitsbegründend).

Umkehrsatz II: Wenn ein Irrtum den Täter belastet, entlastet ihn der umgekehrte

$$\neg \wedge(t)([SU(t) \leftarrow St_{\S}(t)] \rightarrow [-SU(t) \rightarrow -St_{\S}(t)]).$$

Für alle Taten gilt: Ist der subjektive Umstand notwendige Bedingung der Strafbarkeit (strafbarkeitsbegründend), so ist seine Negation hinreichende Bedingung der Strafflosigkeit (strafbarkeitsausschließend).

Umkehrsatz III: Wenn ein Irrtum den Täter nicht entlastet, belastet ihn der umgekehrte nicht

$$-\wedge(t)(SU[t] \rightarrow -St_{\S}[t]) \rightarrow \wedge(t)(-SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]).$$

Gilt nicht für alle Taten, dass der subjektive Umstand hinreichende Bedingung der Straffreiheit ist (der Umstand ist nicht strafbarkeitsausschließend), so gilt nicht für alle Taten, dass die Negation des Umstandes notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist (die Negation des Umstandes ist nicht strafbarkeitsbegründend).

Umkehrsatz IV: Wenn ein Irrtum den Täter nicht belastet, entlastet ihn der umgekehrte nicht

$$-\wedge(t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]) \rightarrow -\wedge(t)(-SU[t] \rightarrow -St_{\S}[t]).$$

Gilt nicht für alle Taten, dass ein subjektiver Umstand notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist (der Umstand ist nicht strafbarkeitsbegründend), so gilt nicht für alle Taten, dass die Negation des Umstandes hinreichende Bedingung der Straffreiheit ist (die Negation des Umstandes ist nicht strafbarkeitsausschließend).

Zu den logischen Eigenschaften und der Tragweite der vier Umkehrsätze

Satz III ist die Negation von Satz I und Satz IV die Negation von Satz II. Deshalb werden jeweils Satz I mit Satz III und Satz II mit Satz IV in Konkurrenz treten, wenn zweifelhaft ist, ob ein Irrtum erheblich ist oder nicht. Dabei haben wir es mit Satz I und III zu tun, wenn fraglich ist, ob ein Irrtum die Strafbarkeit ausschließt (hinreichende Bedingung der Straffreiheit ist) und mit Satz II und IV, wenn er als notwendige Bedingung der Strafbarkeit (strafbarkeitsbegründender Tatumstand) in Betracht kommt.

Aus unserer Umkehrregel ergibt sich, dass der Ausdruck »SU« in Satz I und III im gegenteiligen Sinne gebraucht wird, wie in Satz II und Satz IV. Verwenden wir die Variable nun einheitlich und schreiben »U« z. B. statt »SU« in Satz I und III und »- U« statt »SU« in Satz II und IV, so zeigt sich, dass Satz II die Vertauschung von conclusio und Prämisse des Satzes I ist; ebenso verhält sich Satz IV zu Satz III. Wir können also Satz I und II wie folgt zusammenfassen:

$$\wedge(t)(SU[t] \leftarrow St_{\S}[t]) \leftrightarrow [-U(t) \rightarrow -St_{\S}(t)]$$

Für alle Taten gilt: Wenn ein Umstand notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist (strafbarkeitsbegründend), so ist seine Negation hinreichende Bedingung der Straflosigkeit (strafbarkeitsausschließend) und umgekehrt.

Das ist eine allgemeingültige Schlussform der Aussagenlogik: Die sog. Kontraposition. Wir haben damit ein erstes Ergebnis unserer Untersuchun-

gen: Den vier Umkehrsätzen liegt ein einziges einfaches und allgemeingültiges Schlusschema zugrunde, eben die Kontraposition. Übrigens gilt die natürlich für jede andere Strafbarkeitsvoraussetzung auch. Deshalb ist es auch ein Scheinargument, eine in ihrer Legitimität zweifelhafte Strafbarkeitsvoraussetzung, etwa die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 227 oder § 323a damit zu rechtfertigen, dass die Strafbarkeit nicht durch sie (mit)begründet werde, sondern nur ihr Fehlen die Strafbarkeit (aus Nachsicht des Gesetzes) ausschließe.⁹ Denn man kann nicht gleichzeitig das Letztere behaupten und das Erstere leugnen, weil beide Ausdrücke das Gleiche bedeuten.

Wir können jetzt auch erste wichtige Feststellungen zur logischen Tragweite des sog. Umkehrschlusses treffen, wenn wir die Konsequenzen unserer vier Umkehrsätze in präzisierter Form betrachten:

Wir finden nirgends eine Strafbarkeit als definitive Folge, sondern entweder Strafbarkeitsausschluss oder die Möglichkeit von Strafbarkeit in dem Sinne, dass ihr Ausschluss negiert wird, d. h. nicht feststeht. Das ist nicht verwunderlich, denn wir haben uns immer nur mit einer einzigen Strafbarkeitsbedingung befasst, die allenfalls eine notwendige, aber niemals eine hinreichende sein konnte.¹⁰ Aus dem Umkehrschluss als logisch gültigem

9 BGHSt 16, 124 (125 f) zu § 330 a. F.

10 Das hat bereits *Spendel*, in ZStW 1957 (69. Bd.), 441 (449 ff) klar dargestellt. Aber er hat daraus lediglich die Konsequenz gezogen, den sog. Umkehrschluss a limine zu verwerfen. Obwohl er die Kontraposition als einen möglichen »Umkehrschluss« erkannt hat (S. 456 f), hat er darauf verzichtet, ihre Fruchtbarkeit in der Irrtumslehre zu erproben und auch darauf, die von ihm aufgedeckten Fehler des »Umkehrschlusses des RG« durch Verbesserung der Prämissen zu korrigieren. *Sax* hat in JZ 1964, 241 einen solchen Korrekturversuch unternommen, indem er dem § 16 (§ 59 a. F.) eine Äquivalenz ($p \leftrightarrow q$ nur und immer wenn p, dann q) zu entnehmen trachtet. Aus einer Äquivalenz ist nun allerdings für den Fall der Negation des einen Gliedes die des anderen ableitbar ($\neg p \leftrightarrow \neg q$), aber aus § 16 lässt sich keine nicht gänzlich triviale und unergiebigere Äquivalenz gewinnen. Der Vorschlag von *Sax*: »stets wenn Nichtannahme von Tat Umständen, so keine verbrecherische Gesinnung« (S. 245), ist als Äquivalenz gedeutet inhaltlich unrichtig, denn die verbrecherische Gesinnung hat noch andere Voraussetzungen, so jedenfalls das sog. Willenselement des Vorsatzes und je nachdem, was man unter Gesinnung versteht, noch weiteres. Dieses Willenselement kann man auch nicht, wie *Sax* (S. 242) vorschlägt, unabhängig vom Wissenselement voraussetzen, denn es hat seinerseits das Wissen zur Bedingung. Verschärft man also durch Einschränkung der Folge die aus § 16 entnehmbare extensive Implikation zu einer Äquivalenz, so erhält man nur den Satz: Immer und nur wenn nicht Kenntnis der tatbestandsmäßigen Umstände, so nicht Wissenselement des Vorsatzes, woraus man dann ableiten kann: immer wenn Kenntnis..., so Wissenselement des Vorsatzes, mehr nicht. Der Weg, den »Umkehrschluss« dadurch fruchtbarer zu machen, dass man aus der Norm eine Äquivalenz zu gewinnen sucht, ist also wenig aussichtsreich. Das zeigt

Verfahren lässt sich also niemals ableiten, dass ein Verhalten strafbar ist. Andererseits lässt sich der Umkehrschluss als logisches Verfahren nicht dadurch diskreditieren, dass man eine inakzeptable Strafbarkeit aus ihm abzuleiten versucht. Nach dem Umkehrschluss folgt also z. B. nicht die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aus § 16 und aus der eingeschränkten Schuldtheorie nicht die Strafbarkeit der objektiv rechtmäßigen Tat bei umgekehrtem Erlaubnistatbestandsirrtum.

Trotzdem hat man immer wieder solche Folgerungen aus dem »Umkehrschluss« gezogen.¹¹ Dabei mag ein Mangel an Unterscheidung zwischen notwendigen und hinreichenden Bedingungen eine Rolle gespielt haben, aber diese Erscheinung ist kaum allein mit diesem eigentlich simplen logischen Fehler zu erklären. Es scheint vielmehr, dass ihr noch ein anderer Gedanke zugrunde liegt. Wie gesagt, beschränkt man sich bei der Anwendung des »Umkehrschlusses« nicht auf die Richtigstellung oder Ergänzung der Tätervorstellung, man passt vielmehr gleichzeitig die Wirklichkeit der ursprünglichen Vorstellung des Täters fiktiv an. Dabei macht man sich auch keine genauen Vorstellungen davon, ob der relevante Irrtum in einer positiven Vorstellung oder nur in einer ignorantia (facti oder juris) besteht, sondern transponiert einfach eine positive falsche Vorstellung des Täters ins Objektive. Bei diesem Verfahren, wir nennen es im Gegensatz zu der bisher untersuchten einfachen die doppelte Umkehrung, tritt nun eine auffällige Symmetrie zutage: Ist ein Inhalt im subjektiven Bereich notwendige Bedingung der Strafbarkeit, d. h. ist die Vorstellung dieses Inhalts strafbarkeitsbegründend, so ist der entsprechende objektive Inhalt, also die Wahrheit jener Vorstellung, nicht notwendig. Ist eine Bedingung objektiv notwendig, so ist es die Vorstellung von ihr nicht. Das Erstere wird für tatsächliche, das Letztere für rechtliche Inhalte angenommen. Folgende Tabelle verdeutlicht die Symmetrie:

auch der Ansatz *Herzbergs*, Fn. 7, das Umkehrprinzip auf seinen »trivialen Kern, den Gegensatz von Vorsatz und Nichtvorsatz zu beschränken«. Er erhält damit nur negative Ergebnisse, indem er zeigt, dass sich bestimmte aus dem Umkehrschluss von Rechtsprechung und Lehre abgeleitete Ergebnisse nicht auf diesen »trivialen Kern« zurückführen lassen. Dabei schießt *Herzberg* schon deshalb über das Ziel einer Zurückführung des Umkehrprinzips auf seinen logischen Gehalt hinaus, als er es nur auf den Vorsatz, nicht aber auf andere Strafbarkeitsvoraussetzungen und nicht auf die Ablehnung einer Strafbarkeitsvoraussetzung (z. B. Subsumtionsirrtum, Unrechtsbewusstsein) für anwendbar zu halten scheint (S. 480); vgl. dazu auch Fn 36.

¹¹ RGSt 42, 92 (94); 72, 109 (112); *Wegner*, Strafrecht AT, 1951, S. 220 f; *Bruns*, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955, S. 10 ff (14 f).

	<i>objektiv</i>	<i>subjektiv</i>
<i>Tatsachen des Tatbestandes</i>	nicht notwendig	notwendig
<i>Subsumtion unter den TB</i>	notwendig	nicht notwendig
<i>Tatsachen der RW</i>	nicht notwendig	notwendig
<i>Wertung als rechtswidrig</i>	notwendig	nicht notwendig
<i>Wertung normativer TB-Merkmale</i>	nicht notwendig	notwendig
<i>Wertung allgemeiner Verbrechenmerkmale</i>	notwendig	nicht notwendig

Die Tabelle ist nach der h. L. ausgefüllt, sie ist einprägsam und vielleicht auch schön, aber sie beweist nichts für die h. L.¹² Sie ist dann richtig, wenn es eine allgemeine Regel gibt, nach der ein Verbrechenelement entweder nur subjektiv oder nur objektiv erforderlich ist, niemals aber beides zugleich.

Dieses Symmetriepostulat liegt zugrunde, wenn z. B. aus § 16 die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs abgeleitet wird. Aber aus der Feststellung, dass ein bestimmtes subjektives Element notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist, folgt für den Fall, dass es erfüllt ist, nur, dass Strafbarkeit nicht ausgeschlossen ist, aber nichts darüber, welche objektiven Elemente dafür notwendig sind. Erst recht folgt aus der Feststellung, dass ein Element subjektiv nicht notwendig ist, nicht, dass es objektiv notwendig sei. Aus logischen Gründen ist der Gesetzgeber nicht gehindert, einen Merkmalsinhalt sowohl objektiv als auch subjektiv zur notwendigen Bedingung der Strafbarkeit zu machen, also z. B. § 16 mit einer objektiven Versuchslehre oder die Straffreiheit bei Erlaubnistatbestandsirrtum mit einer rein objektiven Rechtfertigung zu kombinieren.

¹² Im Inhalt, wenn auch nicht in der Darstellungsweise ähnliche Tabellen stellt *Haft*, JuS 1980, 430 (434 f.), auf. Auch er sagt zunächst von solch einer Tabelle »*sie beweist nichts*«, fährt dann aber fort »sie bietet eine systematisierte, abgekürzte Erklärung, die ihre Richtigkeit unter Beweis stellt, indem sie jeden vorkommenden Fall berücksichtigt und die den gesetzlichen Regelungen zugrundeliegenden *inneren Gesetzmäßigkeiten* aufdeckt« (S. 435, Hervorhebung nicht original). Also beweist die Tabelle doch etwas und zwar zunächst durch ihre Vollständigkeit? Welcher Art sind die inneren Gesetzmäßigkeiten, die sie aufdeckt und wie lassen sie sich als Gesetzmäßigkeiten formulieren? Warum liegen sie den gesetzlichen Regelungen zugrunde, aus irgendeiner »inneren« Notwendigkeit, oder nur dank des zufälligen Zusammentreffens voneinander unabhängiger Problementscheidungen des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung? Nur im ersteren Fall könnte man mit Recht von »inneren Gesetzmäßigkeiten« sprechen, aber da auch *Haft* ihre logische Ableitung ablehnt, bleibt ihre Begründung bei ihm völlig unklar.

Mit logischen Mitteln lässt sich das eben dargestellte Symmetriepostulat auch nicht beweisen, denn es beruht auf einer inhaltlichen, nicht logischen Verknüpfung objektiver und subjektiver Verbrechenselemente. Es ist vielleicht ein Postulat der Gerechtigkeit. Aber bis auf weiteres können wir ihm nur einen ästhetischen Reiz und der durch dieses Prinzip darstellbaren h. L. nur eine didaktische Qualität zuerkennen. Wer dieses Symmetriepostulat vom oben analysierten Umkehrschluss nicht trennt, läuft Gefahr, einen von zwei Fehlern zu begehen: das Symmetriepostulat und die h. L. für aus dem Gesetz logisch ableitbar zu halten oder den Umkehrschluss als bloße schöne Merkregel misszuverstehen.

Nachdem wir jene Symmetrie aber in der h. L. vorfinden und diese h. L. als im Ergebnis richtig anerkennen oder sie auch nur für bestimmte Zwecke probeweise als richtig unterstellen können, hindert uns nichts, uns diese Symmetrie zunutze zu machen, um im Zweifelsfall die Klassifikation eines Irrtums als Irrtum über Tatsachen, als Subsumtionsirrtum oder als Verbotsirrtum zu überprüfen. Eben dazu wird auch der Umkehrschluss in der Praxis meistens gebraucht. Haben wir im Ausgangsfall einen Irrtum klassifiziert, so zeigt uns der Umkehrschluss, wie wir einen anderen Fall notwendig entscheiden müssen, wenn unsere Klassifikation richtig ist. Wir nennen dies eine Umkehrprobe. Jene Symmetrie verhilft uns nun, wenn wir sie als auch nur zufälligerweise richtig unterstellen, zu einem zweiten, vom Ausgangsfall weiter entfernten Hilfsfall. Wir nennen das die doppelte Umkehrprobe. Sie ist, da nicht auf rein logischer Basis funktionierend, weniger zuverlässig als die einfache. Bei den einzelnen Anwendungen werden wir sehen, wegen welcher Vorteile sie trotzdem neben der einfachen zur Überprüfung der Klassifikation eines Irrtums nützlich ist.

Nachdem wir uns aber mit der doppelten Umkehrprobe vom reinen Umkehrschluss entfernen, gilt es, sorgfältig zwischen zwei Anwendungen des Umkehrschlusses zu unterscheiden, die bisher oft nicht klar genug getrennt werden: der einfachen und doppelten Umkehrprobe zur Überprüfung der Einordnung eines einzelnen Irrtums in die vorgegebenen Kategorien der Irrtumslehre einerseits und der Ableitung allgemeiner Sätze aus allgemeinen Sätzen in der Irrtumslehre anhand des Umkehrschlusses. Bei letzterer muss der Umkehrschluss rein angewandt werden, wenn die Ableitung den Anspruch erheben soll, logisch zwingend zu sein. Deshalb hat hier der Symmetriegedanke nichts zu suchen.

Wir wenden uns zunächst der zweiten Anwendung des Umkehrschlusses zu und versuchen, eine Tafel allgemeiner Anwendungen unserer vier Umkehrsätze auf Rechtsfragen der Irrtumslehre aufzustellen. Die Prämissen entnehmen wir dabei den Lehren, die zu Irrtumsfragen in Rechtsprechung und Wissenschaft vertreten werden. Wir verzichten also auf die Untersuchung der Konsequenzen aller denkbaren Prämissen. Deshalb werden wir über einzelne Irrtumsarten mehr oder weniger solche Anwendungssätze auf-

stellen, je nach dem, ob man sich über deren Behandlung einig ist oder nicht. In ihrer präzisen Form mögen diese Anwendungssätze trivial erscheinen, aber ihre weitere Analyse und die Darstellung ihres Gebrauchs in der einfachen und doppelten Umkehrprobe wird erst ihren Wert und ihre Grenzen aufzeigen.

Die mit der Kennziffer 1 bezeichneten Anwendungen der vier Umkehrsätze betreffen Irrtümer über deskriptive Tatbestandsmerkmale, die mit Kennziffer 2 bezeichneten die Lehre von der Parallelwertung in der Tätersphäre bei normativen Tatbestandsmerkmalen und allgemeinen Verbrechenmerkmalen, die mit Kennziffer 3 bezeichneten die Irrtümer über rechtfertigende Tatsachen und die mit Kennziffer 4 bezeichneten den Verbotsirrtum i. w. S. und dessen Umkehrung.

<i>Umkehrsatz I</i>	<i>Umkehrsatz II</i>	<i>Umkehrsatz III</i>	<i>Umkehrsatz IV</i>
(1) Schließt das Fehlen einer Vorstellung über Tatsachen, die ein Tatbestandsmerkmal erfüllen, die Strafbarkeit aus, so ist die Vorstellung notwendige Bedingung der Strafbarkeit (ermöglicht, begründet Strafbarkeit).	(1) Ist die Vorstellung von Tatsachen, die ein Tatbestandsmerkmal erfüllen, notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt ihr Fehlen Strafbarkeit aus.	(1) Schließt das Fehlen der Subsumtion einer Tatsache unter ein Tatbestandsmerkmal die Strafbarkeit nicht aus, so ist die Subsumtion nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit	(1) Ist die Subsumtion einer Tatsache unter ein Tatbestandsmerkmal nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt ihr Fehlen Strafbarkeit nicht aus.
(2) Schließt das Fehlen einer Parallelwertung die Strafbarkeit aus, so ist die Wertung notwendige Bedingung der Strafbarkeit (ermöglicht, begründet Strafbarkeit).	(2) Ist eine Parallelwertung notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt ihr Fehlen Strafbarkeit aus.	(2) Schließt das Fehlen einer Parallelwertung Strafbarkeit nicht aus, so ist die Wertung nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit.	(2) Ist eine Parallelwertung nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt ihr Fehlen Strafbarkeit nicht aus.

<p>(3) Schließt die Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit aus, so ist ihr Fehlen notwendige Bedingung der Strafbarkeit (ermöglicht, begründet Strafbarkeit).</p>	<p>(3) Ist das Fehlen einer Vorstellung über rechtfertigende Tatsachen notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt die Vorstellung Strafbarkeit aus.</p>	<p>(3) Schließt die Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit nicht aus, so ist ihr Fehlen nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit.</p>	<p>(3) Ist das Fehlen einer Vorstellung über rechtfertigende Tatsachen nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt die Vorstellung Strafbarkeit nicht aus.</p>
<p>(4) Schließt das Fehlen des Unrechtsbewusstseins die Strafbarkeit aus, so ist das Unrechtsbewusstsein notwendige Bedingung der Strafbarkeit (ermöglicht, begründet Strafbarkeit).</p>	<p>(4) Ist das Unrechtsbewusstsein notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt sein Fehlen Strafbarkeit aus.</p>	<p>(4) Schließt das Fehlen des Unrechtsbewusstseins die Strafbarkeit nicht aus, so ist das Unrechtsbewusstsein nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit.</p>	<p>(4) Ist das Unrechtsbewusstsein nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so schließt sein Fehlen Strafbarkeit nicht aus.</p>

Zur Anwendung 1 von Umkehrsatz I

Die Anwendungen Kennziffer 1 befassen sich mit dem Verhältnis von Tatbestandsirrtum und Versuch, Subsumtionsirrtum und Wahndelikt, also den klassischen Anwendungsfällen des sog. Umkehrschlusses in der Rspr.¹³ Die Anwendung von Umkehrsatz 1 ist vor allen Dingen um des willen interessant, was aus ihr nicht folgt. Aus der strafbarkeitsausschließenden Wirkung des Tatbestandsirrtums nach § 16 folgt lediglich, dass die Vorstellung von den den Tatbestand ausfüllenden Tatsachen eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit nach diesem Tatbestand ist. Es bleibt aber offen, welche weiteren Bedingungen für die Strafbarkeit, sei es wegen Vollendung oder Versuch, noch notwendig sind. Ein Umkehrschluss aus § 16 ergibt also keineswegs die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. § 16 ist vielmehr durchaus vereinbar mit einer Rechtsordnung, die auf die Bestrafung des Versuches ganz verzichtet, und demnach natürlich auch mit einer durch objektive Gefährlichkeitsmerkmale eingeschränkten Versuchsbestimmung.

Aus dem Umkehrschluss aus § 16 lässt sich auch nichts herleiten gegen die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen, die für die Strafbarkeit des Versuchs bei bestimmten Delikten außer dem Tatvorsatz und dessen Ausführung die objektive Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale, eben der besonderen

¹³ Vgl. zunächst Fn. 11, sowie: BGHSt 14, 345 (350); 15, 210 (213); 16, 155 (159 f).

Tätermerkmale, verlangt.¹⁴ Diese Lehre kommt nicht mit § 16 und dem Umkehrschluss in Konflikt, sondern allenfalls mit der allgemeinen Versuchsbestimmung selbst, insofern diese als objektiven Tatbestand nur die Ausführung des Tatvorsatzes verlangt. Die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen muss also begründen, warum sie gerade für diese im Gegensatz zu allen anderen objektiven Tatbestandsmerkmalen bei der Versuchsbestimmung eine Ausnahme macht.

Auch kollidiert diese Lehre mit jener mit dem Umkehrschluss oft mitgedachten Vorstellung der Symmetrie von Belastung im objektiven und Entlastung im subjektiven Bereich. Im subjektiven Bereich unerlässlich sind danach die tatsächlichen Verbrechenserfordernisse, im objektiven die Norminhalte. Daraus entsteht dann eine Symmetrie zwischen Versuch und Wahndelikt, mit deren Hilfe man einen beachtlichen Tatsachenirrtum vom unbeachtlichen Subsumtionsirrtum unterscheiden kann. Unter diesen Prämissen ergibt sich gegen die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen der Einwand, sie müsse den Täter, der die Begründung seiner Pflichtstellung fälschlich für unwirksam hielt, gleichwohl aus dem vorsätzlichen Pflichtdelikt bestrafen, weil der umgekehrte Irrtum nur ein Wahndelikt begründet hätte. Die Anwendung 1 von Umkehrsatz I lehrt nun gerade, dass der Umkehrschluss aus § 16 nicht identisch ist mit diesem Symmetriepostulat und seine Gültigkeit deshalb auch nicht von dessen Anerkennung abhängt. Es ist mit § 16 logisch durchaus vereinbar und es diskreditiert auch nicht den Umkehrschluss, sondern nur das Symmetriepostulat, wenn die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen für bestimmte Tatbestandsmerkmale auch für die Versuchsbestimmung verlangt, dass sie sowohl subjektiv als auch objektiv erfüllt sind.

Wie jede andere Einschränkung der Versuchsstrafbarkeit, ist mit § 16 auch der Vorschlag *Schmidhäuser* vereinbar, beim objektiv ungefährlichen Versuch höhere Anforderungen an die Willensseite des Vorsatzes zu stellen als bei vollendetem Delikt.¹⁵

Den in Anwendung 1 von Umkehrsatz I dargestellten Bedingungs Zusammenhang zwischen Tatbestandsirrtum und Strafbarkeit kann man nun auch dazu benutzen, eine einmal getroffene Klassifikation eines Irrtums als Tatbestandsirrtum im Einzelfall zu überprüfen. Das ist eine grundsätzlich andere Anwendungsweise des Umkehrschlusses als die Ableitung eines allgemeinen Rechtssatzes aus § 16 nach der Schlussform der Kontraposition, die die Anwendung 1 von Umkehrsatz I selbst darstellt. Es ist die Subsumtion eines als Tatbestandsirrtum klassifizierten Vorstellungsmangels unter die

¹⁴ Vgl. *Welzel*, JZ 1952, 19 f. u. 208 f.; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 257 f, 286; *ders.*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, FS-Klug, Bd.II, 1983, S. 277 ff.; *Jakobs*, AT, 1983, 25/43 ff.; im Ergebnis auch *Foth*, JR 1965, 366 (371).

¹⁵ *Schmidhäuser* AT, 15/25.

Anwendung 1 von Satz I mit dem Ziel, deren Konsequenzen zu erkennen und auf Akzeptanz zu überprüfen. Werden sie nicht akzeptiert, so muss die Klassifikation des Irrtums als Tatbestandsirrtum falsch sein. Die Rechtsprechung wendet den »Umkehrschluss« gewöhnlich in dieser Weise an und nicht zur Ableitung allgemeiner Rechtssätze.¹⁶

Die Benutzung von Anwendung 1 des Umkehrsatzes I zur Überprüfung der Klassifikation eines Vorstellungsmankos als Tatbestandsirrtum sieht so aus: Man stellt sich vor, der Täter habe die ihm fehlende Vorstellung gehabt. Dann müsste seine Strafbarkeit möglich sein, sofern im Ausgangsfall nicht noch weitere Strafbarkeitsbedingungen fehlen, sogar feststehen.

Die Probe ist in dieser reinen Form nicht sehr eindrucksvoll, weil in der Klassifikation eines Vorstellungsmankos als Tatbestandsirrtum die strafbarkeitsbegründende Funktion der fehlenden Vorstellung immer schon mitgedacht ist. Man macht sie eindrucksvoller, indem man weiter fingiert, dass der im Ausgangsfall fehlende Vorstellungsinhalt in der Wirklichkeit fehlt. Dann soll bei Richtigkeit der Klassifikation des Ausgangsirrtums Strafbarkeit als Versuch herauskommen.

Diese zweite Probe beruht auf einem inhaltlichen, nicht logischen Zusammenhang zwischen dem Irrtum und dem objektiven Tatbestand: Der Inhalt, dessen Vorstellung beim Tatbestandsirrtum fehlt, ist Bestandteil des objektiven Tatbestandes. Dies soll bei der zweiten Umkehrung daran zu erkennen sein, dass eine Strafbarkeit nur wegen Versuchs herauskommt. Soll diese Probe nicht schon im Ansatz zirkelschlüssig werden, so darf man allerdings nicht einfach ein Element des objektiven Sachverhalts streichen, denn wir wollen ja erst ermitteln, dass der relevante subjektive Sachverhalt allein das Fehlen einer bestimmten Tätervorstellung über tatbestandsausfüllende Tatsachen ist. Wir müssen also die vorhandenen positiven Vorstellungen des Täters als wahr unterstellen, dann soll das Fehlen der Vollendungsvoraussetzungen erst zeigen, ob sie Tatsachen nicht enthalten haben, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Wir kommen damit zu jener Vertauschung der Wahrheitswerte zwischen Vorstellung und Wirklichkeit, die wir oben¹⁷ als Prinzip des allgemeinen Umkehrschlusses abgelehnt haben.

Wir müssen aber die Prämissen dieser zweiten Umkehrprobe noch auf ihre Allgemeingültigkeit hin überprüfen. Eine Prämisse ist, wie schon gesagt, die, dass ein Tatbestandsirrtum stets ein objektives Tatbestandsmerkmal betrifft. Diese Prämisse ist nicht allgemeingültig, sie gilt nicht für sog. überschießende Innentendenzen und nicht für Unternehmensdelikte. Diese Fehlerquelle ist zwar leicht zu kontrollieren, weil es nicht schwer ist, diese Arten von Delikten zu erkennen. Bei ihnen ergibt jedoch die doppelte Umkehrprobe wie die einfache die Strafbarkeit wegen Vollendung. Dass es auch bei diesen Tatbe-

¹⁶ Vgl. o. Fn. 13.

¹⁷ Vgl. o. S. 314 f.

ständen sinnvoll ist, sie anzuwenden, wird die Analyse der Gegenprobe nach Anwendung 1 von Umkehrsatz III zeigen.

Die Überzeugungskraft der zweiten Umkehrprobe beruht aber noch auf einer zweiten Annahme: Bei fiktiver Anpassung der Wirklichkeit an die ursprüngliche Tätervorstellung wird eine Strafbarkeit (mindestens) wegen Versuchs nicht nur als möglich, sondern als notwendig erwartet. Hier liegt, wie schon gezeigt, ein Fehler, der sich bei Tatbeständen auswirkt, deren Versuch nicht strafbar ist, sowie bei Anerkennung der Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen oder eines durch objektive Gefährlichkeitserfordernisse eingeschränkten Versuchsbegriffs. Auch durch doppelte Umkehrung kann die Möglichkeit von Strafbarkeit, die sich aus Anwendung 1 von Umkehrsatz I ergibt, nicht zur Notwendigkeit verstärkt werden. Wer dies vernachlässigt, kann bei der Anwendung der Umkehrprobe irreführt werden, weil er aus dem – wie auch immer begründeten – Ergebnis der Straflosigkeit des umgekehrten Falles folgern würde, dass im Ausgangsfall kein strafbarkeitsausschließender Irrtum, insbesondere also kein Tatbestandsirrtum vorgelegen haben könne.

Man kann allerdings durch weitere Prämissen erreichen, dass der nach der doppelten Umkehrung vorhandene Sachverhalt eine zureichende Bedingung des Versuchs und der Strafbarkeit wegen Versuchs darstellt. Dazu muss man zunächst die Strafbarkeit des Versuchs bei allen Tatbeständen fingieren oder aber als Implikat der beiden Bedingungssätze in Anwendung 1 von Umkehrsatz I statt der Rechtsfolge Strafbarkeit die Erfüllung der begrifflichen Voraussetzungen des Versuchs einsetzen. Weiter muss man die subjektive Versuchsbestimmung voraussetzen (deren einziges objektives Element, die Ausführungshandlung, bleibt ja erhalten). Die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen muss abgelehnt oder für die Rechtspflichtdelikte eine Ausnahme von der Umkehrregel gemacht werden, schließlich muss noch angenommen werden, dass der Täter, was er im »umgekehrten Fall« weiß, auch i. S. des Vorsatzes will. Nun ist der umgekehrte Fall eine nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende Bedingung des Versuchs bzw. der Versuchsstrafbarkeit, wenn im Ausgangsfall abgesehen von dem geprüften Vorstellungsinhalt kein Strafbarkeitserfordernis gefehlt hat.

Es zeigt sich also, dass auf dem Boden der herrschenden Versuchslehre jene Symmetrie zwischen Tatbestandsirrtum und Versuch tatsächlich entsteht, die die doppelte Umkehrprobe so eindrucksvoll macht. Aber sie ist mehr ein Produkt des zufälligen Zusammenpassens der Prämissen der h. L. über die Relevanz des Inhalts eines Tatbestandsirrtums als das Resultat eines Schlusses aus § 16. Das braucht uns allerdings nicht zu hindern, uns auch diese Symmetrie bei der Überprüfung der Klassifikation eines Irrtums als Tatbestandsirrtum zunutze zu machen, indem wir dieser Prüfung die h. L. zum Versuchsbegriff zugrunde legen und nun die doppelte Umkehrprobe anwenden. Der Vorteil besteht darin, dass die doppelte Umkehrung eines

Tatbestandsirrtums eine Rechtsfolge definitiv ergibt, die nur möglich ist, wenn es sich im Ausgangsfall um einen Tatbestandsirrtum gehandelt hat: Die Strafbarkeit wegen Versuchs nach h. L. in unmittelbarer Anwendung der §§ 22 f.

Anwendung 1 von Umkehrsatz II

Die Anwendung 1 von Umkehrsatz II ergibt im Gegensatz zu der von Umkehrsatz I eine definitive Rechtsfolge, nämlich den Ausschluss von Strafbarkeit. Diese ergibt sich hier genau betrachtet nicht aus der Strafbarkeit des Versuchs oder gar der des untauglichen Versuchs, sondern aus der Bestimmung der Wissensseite des Vorsatzes als einer notwendigen Bedingung der Strafbarkeit nach einem Vorsatzdelikt. Wäre dieses Vorsatzerfordernis, das bei jeder Feststellung von Strafbarkeit nach einem Vorsatzdelikt, sei es wegen Versuchs oder Vollendung, angewandt wird, gesetzlich positiviert, so wäre § 16 überflüssig. Da der Gesetzgeber anders vorgegangen ist und nicht den Fall des Vorhandenseins, sondern den des Fehlens der Wissensseite des Vorsatzes positiviert hat, ist diese Erkenntnis zunächst nur von systematischem Wert.

Aber auch dieser Bedingungszusammenhang kann im Einzelfall genutzt werden, um eine Klassifikation einer Fehlvorstellung als umgekehrter Tatbestandsirrtum durch eine Gegenprobe zu überprüfen. Die einfache Umkehrprobe sieht so aus: Ist man zu dem Ergebnis gekommen, dass sich der Täter aufgrund einer falschen Vorstellung eines untauglichen Versuchs oder bei einem Delikt mit überschießender Innentendenz sogar der Vollendung schuldig gemacht hat, so denke man sich die Fehlvorstellung weg. Kommt man dann zu dem Ergebnis, dass die Strafbarkeit mangels Vorsatzes ausgeschlossen wäre, so ist die Klassifikation des Irrtums im Ausgangsfall als vorsatzbe gründender umgekehrter Tatbestandsirrtum bestätigt. Daraus ergibt sich dann die Strafbarkeit des Täters wegen untauglichen Versuchs, vorausgesetzt, dass man diesen grundsätzlich als strafbar anerkennt. In Verbindung mit anderen Sätzen lässt sich also aus dem Umkehrprinzip durchaus im Einzelfall Strafbarkeit herleiten. Wie gesagt, wendet die Rechtsprechung heute das Umkehrprinzip in der Regel zur Überprüfung einer solchen Klassifikation eines Irrtums an, wobei die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Anders wohl die berühmte Entscheidung des RG im 42. Band,¹⁸ die als leading case für die Anerkennung des Umkehrprinzips durch die Rechtsprechung gilt. Hier war es dem Gericht in der Tat darum zu tun, aus dem Umkehrprinzip die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs abzuleiten und mit seiner Hilfe die Lehre vom Mangel am Tatbestand zurückzuweisen. Deshalb trifft die Kritik *Spendels* diese Entscheidung zu Recht.

¹⁸ RGSt 42, 92 (94).

Die einfache Umkehrprobe nach Umkehrsatz II ist deshalb aussagekräftiger als die nach Umkehrsatz I, weil die Umkehrung eine definitive Rechtsfolge hat: die Straflosigkeit mangels Vorsatzes. Die doppelte Umkehrung führt beim umgekehrten Tatbestandsirrtum lediglich dazu, dass im objektiven Tatbestand Vollendung statt Versuch erscheint, was am Ergebnis der Straflosigkeit aber nichts ändern kann. Trotzdem können wir uns hier nicht endgültig gegen die doppelte Umkehrprobe entscheiden, denn die zu überprüfende Prämisse, es liege im Ausgangsfall ein umgekehrter Tatbestandsirrtum vor, könnte falsch sein, also ein umgekehrter Subsumtionsirrtum vorliegen. Dann hätten wir es mit einem Anwendungsfall von Umkehrsatz IV zu tun. Wir müssen also die Frage nach der Brauchbarkeit oder gar Unerlässlichkeit der doppelten Umkehrprobe nach Umkehrsatz II noch offenlassen, bis wir sie auch für Umkehrsatz IV entscheiden können.

Anwendung 1 von Umkehrsatz III

Die Anwendung 1 von Satz III besagt grob gesprochen, dass aus der Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums die Straflosigkeit des umgekehrten Subsumtionsirrtums folgt. *Engisch* hat in einer Arbeit über das Umkehrprinzip¹⁹ den Vorschlag gemacht, das Wahndelikt dann als untauglichen Versuch zu bestrafen, wenn der Täter sich aufgrund eines nicht unverständigen umgekehrten Subsumtionsirrtums vorgestellt hat, einen bestimmten tatsächlich geltenden Straftatbestand zu erfüllen, beispielsweise eine Urkundenfälschung, eine Fahrerflucht oder einen Meineid zu begehen. *Engisch* sieht in diesen Fällen, in denen der Täter sich in der Grauzone zwischen Legalität und Illegalität mit schlechtem Gewissen bewegt genauso eine rechtsfeindliche Gesinnung betätigt wie im untauglichen Versuch. Mit diesem Vorschlag will *Engisch* auch das Umkehrprinzip als logisches Verfahren in seinem Kern in Frage stellen, es »auflockern« und nur noch als Faustregel anerkennen. Hier stoßen wir also zum ersten Mal auf den Fall, dass ein aus unseren Umkehrsätzen ableitbares Ergebnis nicht ohnehin allgemein anerkannt ist. Unser Versuch, den sog. Umkehrschluss zu präzisieren und in den so bestimmten Grenzen als logisch gültigen Schluss zu erweisen, steht damit auf dem Prüfstand.

Wir müssen hier zunächst davon absehen, dass der Vorschlag von *Engisch*, die Strafbarkeit unter Umständen auf einen umgekehrten Subsumtionsirrtum ohne entsprechenden Tatsachenirrtum zu gründen, dem § 16 direkt widerspricht. Denn das ergibt sich daraus, dass das Wissenserfordernis des § 16 auf den Versuch genauso anwendbar ist wie auf Vollendung, also nicht aus irgendeinem Umkehrschluss.

Unsere These ist die, dass der Vorschlag *Engischs*, die Strafbarkeit unter Umständen auf die irriige Vorstellung des Täters von der Subsumierbarkeit

¹⁹ *Engisch*, FS-Heinitz, 1972, S. 185 (199 ff., 201).

seines Verhaltens unter einen Tatbestand zu gründen, unvereinbar ist mit der Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums. Die Prämisse unserer Anwendung 1 des Umkehrsatzes III müsste also falsch werden, wenn man diesen Vorschlag von *Engisch* akzeptiert. Gehen wir von einem Fall aus, wie ihn *Engisch* im Auge hat, also davon, dass der Täter einen Tatbestand zu erfüllen glaubt, obwohl dessen tatsächliche Voraussetzungen weder in der Wirklichkeit noch in seiner Vorstellung gegeben sind. Eines der Beispiele von *Engisch* ist der nahe Angehörige eines Geisteskranken, der im irrigen Glauben, einer Garantspflicht diesem gegenüber zu unterliegen, dessen Selbstmord nicht verhindert. In einem solchen Fall hängt die Strafbarkeit wegen Versuchs nach *Engisch* von dieser falschen Subsumtion ab. Das Fehlen dieser Subsumtionsvorstellung würde also die Strafbarkeit hier ausschließen. Unsere Prämisse von Anwendung 1 des Umkehrsatzes III, wonach das Fehlen der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale die Strafbarkeit nicht ausschließen kann, wäre also falsch. Damit ist durch den Vorschlag von *Engisch* unsere Anwendung 1 des Umkehrschlusses III nicht widerlegt.

Unter der Prämisse von *Engisch* wäre der umgekehrte Subsumtionsirrtum in den von ihm für strafbar erachteten Fällen vielmehr ein Anwendungsfall von Umkehrsatz II. Danach ergibt sich, dass unter dessen Prämisse der Subsumtionsirrtum die Strafbarkeit ausschließt, eben weil mit der Strafbarkeit des umgekehrten Subsumtionsirrtums die Subsumtion anscheinend zur notwendigen Bedingung der Strafbarkeit erklärt ist. Haben wir damit den Vorschlag *Engischs* als unlogisch oder hat er unseren Umkehrsatz II als nicht gültig erwiesen?

In gewissem Sinne ist das Letztere der Fall. Wir sind bei der Bildung unserer Umkehrsätze über notwendige Bedingungen der Strafbarkeit davon ausgegangen, dass eine Tätervorstellung entweder immer notwendig ist oder nie. Es ist aber auch denkbar, dass sie es je nachdem, welche Bedingungen sonst gegeben sind, manchmal ist und manchmal nicht. Gerade darauf läuft aber der Vorschlag *Engischs* hinaus. Denn auch er würde für die Strafbarkeit wegen Versuchs die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal nicht generell fordern, sondern nur für den Fall, dass die entsprechende Tatsachenvorstellung nicht gegeben ist. *Engisch* müsste also die notwendige Bedingung als Disjunktion formulieren wie folgt: Der Täter muss von einem Tatbestandsmerkmal die dieses erfüllende Tatsachenvorstellung (und) oder die Subsumtionsvorstellung gehabt haben. Die Negation dieser Bedingung, die in die conclusio von Umkehrsatz II einzusetzen wäre, lautet: Der Täter hat weder die tatbestandsmäßige Tatsachenvorstellung noch die Subsumtionsvorstellung. Dass dies hinreichende Bedingung des Strafbarkeitsausschlusses ist, ist unbestritten. *Engisch* hat also nicht den Umkehrsatz II »aufgelockert«, sondern seine Prämisse abgeschwächt. Mit Hilfe solcher Abschwächungen der Prämissen durch disjunktive Strafbarkeitsbedingungen kann man generell

die logische Vereinbarkeit von Ergebnissen erreichen, die nach unseren Umkehrsätzen unvereinbar sind.

Wir haben also eine gewisse Pattsituation. Es ist *Engisch* nicht gelungen, mit seinem Vorschlag der Auflockerung des Umkehrprinzips dieses in seiner Geltung als logischer Schluss zu erschüttern. Es ist uns aber auch nicht gelungen, mit Hilfe des Umkehrprinzips *Engischs* Auflockerungsversuch als unlogisch zu erweisen. Das Umkehrprinzip ist also gültig, es vermag aber nicht das zu leisten, was vielfach von ihm erwartet wird, nämlich die bedingungslose Unvereinbarkeit bestimmter Einzelergebnisse ein für alle mal darzutun. Solche Erwartungen erfüllt die Logik im Recht in den seltensten Fällen, und die Enttäuschung darüber hat wohl dazu geführt, dass man ihr in der juristischen Denkpraxis mit Skepsis entgegentritt und sich lieber gleich auf materielle Argumentation verlässt.

Indessen zeigt unser Beispiel auch, was Logik im Recht zu leisten vermag. Sie deckt die Prämissen auf, die akzeptiert werden müssen, um bestimmte angestrebte Ergebnisse miteinander zu vereinbaren. Sie präzisiert damit die materiellen Rechtsfragen. Diese Prämissen können sich, solchermaßen offen gelegt, als inakzeptabel herausstellen, während ihre Anwendung auf den jeweiligen Einzelfall für sich betrachtet akzeptabel erschien. Das scheint mir auf den Vorschlag *Engischs* nun zuzutreffen. Er läuft darauf hinaus, die Wissensseite des Vorsatzes disjunktiv zu bestimmen als Vorstellung von Tatsachen, die einen gesetzlichen Tatbestand erfüllen, oder von den Worten, die das Gesetz selbst gebraucht. Diese beiden Vorstellungen sind jedoch zu unterschiedlich, als dass sie einander ersetzen könnten; die erstere betrifft die Wirklichkeit, die letztere die Sprache, genau genommen eine Synonymität zwischen Worten.

Anhand der Anwendung 1 von Umkehrsatz III kann man die Klassifikation eines Vorstellungsmangels als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum dadurch überprüfen, dass man die fehlende Vorstellung hinzudenkt und fragt, ob man sie zur Begründung der Strafbarkeit benötigt, ob also der Richter diese Vorstellung in den Urteilsgründen feststellen und ob er im Zweifelsfall Beweis über sie erheben müsste. Wird diese Frage verneint, so ist damit die Klassifikation auch des Vorstellungsmankos als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum bestätigt.

Nun ist auch diese einfache Umkehrprobe nicht sehr aussagekräftig, denn mit der Klassifikation eines Vorstellungsmankos als unbeachtlich ist schon offensichtlich, dass die Vorstellung zur Begründung der Strafbarkeit nicht benötigt würde, wenn sie gegeben wäre.

Ähnlich wie bei Umkehrsatz I macht man die Probe dadurch eindruckvoller, dass man sie mit einer zweiten Umkehrung im objektiven Bereich kombiniert. Gleichzeitig mit der Fiktion der fehlenden Subsumtionsvorstellung passt man die objektive Lage der ursprünglichen Vorstellung des Täters an. Handelt es sich wirklich um einen Subsumtionsirrtum, so läuft das

auf die Fiktion eines anderen und zwar engeren Umfangs der Strafnorm hinaus, unter den das Täterverhalten nicht mehr fällt. Daraus ergibt sich dann die Straflosigkeit des Täters aus objektiven, nämlich rechtlichen Gründen unabhängig von seiner Subsumtionsvorstellung.

Dabei wird ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Subsumtionsirrtum und den objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit ausgenutzt: Der Irrtum betrifft eine objektiv notwendige Bedingung der Strafbarkeit, nämlich die Geltung einer Strafandrohungsnorm, deren Tatbestand der Täter erfüllt hat. Da diese notwendige Bedingung der Strafbarkeit in jeder Rechtsordnung gilt (übrigens auch dann, wenn sie ungeschriebene Strafnormen anerkennt), schadet es nichts, dass wir bei der zweiten Umkehrprobe die Strafbarkeit des Täters nach einer fiktiven Rechtsordnung prüfen. Voraussetzen müssen wir allerdings, dass auch in dieser fiktiven Rechtsordnung das Rückwirkungsverbot für Straftatbestände gilt, sich also maßgebliche Norminhalte zwischen Tat (Zeit der zu prüfenden Tätervorstellung) und Feststellung der Strafbarkeit nicht ändern können.

Jetzt stellt sich allerdings noch die Frage, welchen Inhalt die fingierte Strafnorm eigentlich haben soll. Der Subsumtionsirrtum ist ja nicht eine positive Vorstellung, sondern maßgeblich nur das Manko der richtigen Subsumtionsvorstellung. Aber wir wollen uns ja erst vergewissern, dass es sich überhaupt um einen Subsumtionsirrtum handelt, dass also die Tätervorstellung gerade dieses Manko aufweist. Liegt es offen zutage, weil der Täter sich überhaupt keine Gedanken über die strafrechtliche Bedeutung seines Verhaltens macht oder sich seine Vorstellung in der unbegründeten Ablehnung der Subsumtion erschöpft, so liegt ein so eindeutiger Fall vor, dass es einer Umkehrprobe nicht mehr bedarf. In den problematischen Fällen hat der Täter eine positive Vorstellung gehabt, der wir dieses Manko entnehmen zu können glauben. Um die Probe nicht schon zirkelschlüssig anzusetzen, müssen wir diese Vorstellung als richtig zugrunde legen. Ist der Fall wirklich zweifelhaft, so sind wir noch nicht einmal im Klaren, ob wir damit einen anderen Norminhalt fingieren oder einen anderen objektiven Sachverhalt.

Ergibt sich nun die Straflosigkeit des Täters, der im Ausgangsfall ja als strafbar angesehen wurde, so ist die fiktive objektive Lage eine hinreichende Bedingung dafür. An der Umkehrung auf der subjektiven Seite kann das nicht liegen, denn bei der einfachen Umkehrung, die sich auf diese beschränkte, hatten wir ja Strafbarkeit als Ergebnis erhalten. Aber auch dies erlaubt noch nicht den Schluss, dass es sich im Ausgangsfall um einen Subsumtionsirrtum handelt. Denn dazu müsste sichergestellt sein, dass die Straflosigkeit nur rechtliche und nicht tatsächliche Gründe haben kann. Das stellt aber allein die subjektive Versuchstheorie i. V. mit der Annahme der Strafbarkeit jedes Versuchs (auch nach einer fiktiven Norm) sicher. Nach einer objektiv eingeschränkten Versuchstheorie könnte die Straflosigkeit auch darauf zurückzuführen sein, dass durch die Umkehrung im objektiven Be-

reich die tatsächlichen objektiven Voraussetzungen des Versuchs beseitigt worden sind.

Ist die Klassifikation des Vorstellungsmankos im Ausgangsfall als Subsumtionsirrtum richtig, so ist auch der umgekehrte Irrtum irrelevant, das Ergebnis der Strafflosigkeit bei der doppelten Umkehrprobe hängt dann ebenso wenig von der umgekehrten Vorstellung ab, wie das der Strafbarkeit bei der einfachen. Die Umkehrung auf der subjektiven Seite ist aber auch bei der doppelten Probe unverzichtbar um sicherzustellen, dass Strafbarkeit herauskommt, wenn die Klassifikation des Ausgangsirrturns falsch ist, also ein Tatbestandsirrtum gegeben ist. Die Umkehrung der Vorstellung bewirkt für diesen Fall die Fiktion des Vorsatzes, verhindert also, dass das Ergebnis der Strafflosigkeit sich aus dessen Fehlen ergibt, statt aus dem Inhalt der fiktiven Strafnorm.

Es zeigt sich, dass die doppelte Umkehrprobe auch unter der Prämisse eines Verbotsirrtums wie unter der eines Tatbestandsirrtums nur unter den Voraussetzungen der subjektiven Versuchslehre und der Strafbarkeit des Versuchs gültig ist. Das ist, um es nochmals zu sagen, kein Argument für die Richtigkeit und Allgemeingültigkeit der subjektiven Versuchslehre, sondern besagt nur, dass wir sie der doppelten Umkehrprobe zugrund legen müssen. Jede Umkehrprobe ist eine Kreuzprobe, bei der je zwei Umkehrsätze in Konkurrenz treten. Soll ein Irrtum daraufhin überprüft werden, ob er die Strafbarkeit ausschließt, sind es die Umkehrsätze I und III, soll er daraufhin überprüft werden, ob er die Strafbarkeit begründet, die Umkehrsätze II und IV.

Hier nun zeigt sich ein weiterer und entscheidender Vorteil der doppelten Umkehrprobe gegenüber der einfachen bei Anwendung der Umkehrsätze I und III: Bei der einfachen Umkehrprobe ist die Rechtsfolge nach Satz I und III immer die Strafbarkeit; der Unterschied zwischen Tatbestands- und Subsumtionsirrtum zeigt sich nur darin, dass beim ersteren die umgekehrte Vorstellung zur Begründung dieser Strafbarkeit benötigt wird, beim letzteren nicht. Die doppelte Umkehrprobe dagegen führt nur beim Tatbestandsirrtum zur Strafbarkeit, beim Subsumtionsirrtum zu deren Ausschluss. Entsprechendes gilt für die Anwendungen von Umkehrsatz I und III auf andere Irrtumspaare. Dies dürfte letztlich der Grund dafür sein, dass die Umkehrprobe in Praxis und Wissenschaft ausschließlich in der doppelten Form angewandt wird. Man muss sich aber darüber klar sein, dass man diesen Vorteil mit der Allgemeingültigkeit und dogmatischen Reinheit der Umkehrprobe als logisches Derivat der Irrtumslehre bezahlen muss und dass man sie deshalb niemals zur Ableitung oder Begründung allgemeiner Rechtssätze allein aus Prämissen der Irrtumslehre verwenden darf.

Zur Anwendung 1 des Umkehrsatzes IV

Die Anwendung 1 von Umkehrsatz IV besagt, dass aus der Straflosigkeit des umgekehrten Subsumtionsirrtums (Wahndelikt) folgt, dass ein Subsumtionsirrtum der Strafbarkeit nicht entgegensteht. Dieser letztere Satz ist allgemein anerkannt²⁰ und daher ist die Erkenntnis dieses Bedingungs Zusammenhangs zunächst nur von theoretisch-systematischem Wert.

Aber auch die Anwendung dieses Satzes zur Überprüfung der Klassifikation eines Irrtums als umgekehrter Subsumtionsirrtum stößt auf besondere Schwierigkeiten. Wir haben einen Irrtum, von dem wir vermuten, dass er in einem Missverständnis einer Verbotsnorm besteht, infolgedessen der Täter dieser einen weiteren Umfang zuschreibt, als sie in Wirklichkeit hat. Also kommen wir zu einer Ablehnung seiner Strafbarkeit wegen Versuchs. Die einfache Umkehrprobe besteht nur darin, die falsche Vorstellung des Täters zu korrigieren. Dann kommt ebenfalls Straflosigkeit heraus, aber daraus folgt nicht, dass ursprünglich ein umgekehrter Subsumtionsirrtum vorlag, denn beim umgekehrten Tatbestandsirrtum hat die einfache Umkehrprobe nach Anwendung 1 von Umkehrsatz II genau das gleiche Ergebnis. Der Unterschied besteht allein darin, dass wir bei Anwendung von Umkehrsatz II die Umkehrung des Irrtums zur Begründung der Straflosigkeit brauchen, bei Anwendung von Umkehrsatz IV aber nicht, denn hier steht die Straflosigkeit schon aus anderen Gründen fest, weil das Verhalten des Täters i. V. mit seinen unverändert gebliebenen Vorstellungen eben nicht unter den Straftatbestand fällt. Schon bei der einfachen Umkehrprobe nach Satz II und IV tritt also ein Unterschied zwischen umgekehrtem Tatbestandsirrtum und umgekehrtem Subsumtionsirrtum zutage, aber der ist nicht besonders eindrucksvoll.

Bei der doppelten Umkehrprobe wird die Wirklichkeit der ursprünglichen Vorstellung des Täters angeglichen, was bei Richtigkeit der Irrtumsklassifikation als umgekehrter Subsumtionsirrtum auf die Fiktion eines Straftatbestandes hinausläuft, den das Verhalten des Täters erfüllt. Auch hierbei ist die Eigenschaft des umgekehrten Subsumtionsirrtums entscheidend, eine objektiv notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit zum Inhalt zu haben. Diese wird durch die fiktive Angleichung der Wirklichkeit an die Tätervorstellung sichergestellt. Sollte es sich im Ausgangsfall um einen umgekehrten Tatbestandsirrtum gehandelt haben, so ist das zwar nicht nötig, weil die Strafbarkeitserfordernisse schon im Ausgangsfall gegeben waren, die zweite Umkehrprobe ändert aber für diesen Fall auch nichts daran, sondern bewirkt nur Vollendung statt Versuch.

Jetzt, nachdem zwischen beiden Möglichkeiten durch die zweite Umkehrung insofern Gleichheit hergestellt ist, als bis auf die problematische Vor-

20 Z. B.: Schönke/Schröder-Cramer, § 15, Rn. 45; Rudolphi, SK § 16 Rn. 23; Lackner, 16. Aufl., 1985, § 15, Anm. 112 b; Wessels, AT, S. 69.

stellung alle Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt sind, kann sich der Unterschied zwischen dem fiktiven Tatbestandsirrtum und dem fiktiven Subsumtionsirrtum auf die Rechtsfolge auswirken. Kommt man nun immer noch zur Strafflosigkeit, so muss es sich ursprünglich um einen umgekehrten Tatbestandsirrtum gehandelt haben. War es dagegen wirklich ein umgekehrter Subsumtionsirrtum, dann kann seine Umkehrung zum Subsumtionsirrtum an der Strafbarkeit nichts ändern, die dann durch die fiktive Anpassung der Wirklichkeit an die ursprüngliche Tätervorstellung begründet worden ist.

Die Kreuzprobe würde allerdings irreführen, wenn die Strafbarkeit im ursprünglichen wie im fiktiven Fall am Fehlen anderer Verbrechenstelemente wie Ausführungshandlung, Rechtswidrigkeit oder Schuld scheitern müsste. Dann ergäbe die Probe scheinbar einen umgekehrten Tatbestandsirrtum. Diese Fehlerquelle lässt sich aber dadurch kontrollieren, dass man nun die Strafbarkeit unter der Prämisse eines umgekehrten Tatbestandsirrtums nochmals überprüft. Dann werden sich die wirklichen, außerhalb der bisher untersuchten Tätervorstellung liegenden Entlastungsgründe herausstellen. Zu diesen würden auch etwa aufgestellte objektive Versuchserfordernisse gehören, wie Gefährlichkeitserfordernisse oder Rechtspflichtmerkmale.

Es zeigt sich also, dass wir bei der Kreuzprobe zwischen Umkehrsatz II und IV auf die doppelte Umkehrung zwar verzichten können, dass sie aber auch hier wesentlich signifikanter ist als die einfache. Das liegt daran, dass bei der einfachen Umkehrprobe nach Satz II und IV die gleiche Rechtsfolge nur mit verschiedener Begründung herauskommt. Es empfiehlt sich also, in allen Irrtumsfällen auch die doppelte Umkehrprobe anzuwenden. Erfordert die einfache Probe durch die Frage nach der Notwendigkeit der fiktiven Bedingung immer schon eine Analyse des Hilfsfalles, so kann bei der doppelten das spontane Urteil eingesetzt werden, um die im Ausgangsfall noch zweifelhafte Irrtumsklassifikation unmittelbar am Ergebnis des Hilfsfalles zu überprüfen.

Zwei praktische Beispiele für die doppelte Umkehrprobe

Um einen Irrtum daraufhin zu überprüfen, ob er sich zugunsten des Täters auswirkt, müssen wir die Kreuzprobe nach Satz I und III anwenden, ist zweifelhaft, ob er sich zuungunsten des Täters auswirkt, die Kreuzprobe nach Satz II und IV. Für die erstere wählen wir als Beispiel einen auch in der Rechtsprechung kontroversen Fall. Der Täter, der zugunsten seines wegen einer Straftat nach § 315 c polizeilich verfolgten Freundes falsch aussagt, um den Tatverdacht zu entkräften, befindet sich in dem Glauben, dieser habe lediglich eine Ordnungswidrigkeit begangen und es drohe ihm nur ein Bußgeld. Der Irrtum betrifft die Existenz oder auch den Umfang eines Straftatbestandes, ist also insofern ein strafrechtlicher und ein Subsumtionsirrtum. Trotzdem könnte es sich im Zusammenhang mit § 258 um einen Tatbestandsirrtum

handeln, weil der Täter nicht weiß, dass seinem Freund eine Strafe überhaupt droht.

Bei der Umkehrprobe müssen wir uns an diejenigen Vorstellungselemente des Täters halten, die unwahr sind. Es ist hier die Strafbarkeit des Verhaltens seines Freundes nach § 315 c. Nach der einfachen Umkehrprobe ergibt sich die Frage, ob die Vorstellung von der Strafbarkeit der Vortat zur Begründung des Vorsatzes der Begünstigung gebraucht wird. Diese bloße Umformulierung der Ausgangsfrage hilft uns kaum weiter. Wir versuchen es also mit der doppelten Umkehrprobe, d. h. wir fingieren, dass der Täter mit seiner falschen Vorstellung recht gehabt habe, die Vortat also nur eine Ordnungswidrigkeit gewesen sei, er sie aber für eine Straftat gehalten habe. Da wir ja nur das auf der objektiven Seite ändern dürfen, was nach der ursprünglichen Tätervorstellung falsch war, läuft das auf eine fiktive Verengung des Umfangs des § 315 c entsprechend der ursprünglichen Vorstellung des Täters hinaus. Es ist also eine fiktive Veränderung der Gesetzeslage im Bereich des Strafrechts.

Trotzdem ist damit noch nicht gesagt, dass es sich ursprünglich um einen Subsumtionsirrtum im technischen Sinne der Irrtumslehre gehandelt hat, denn ein solcher betrifft nicht den Inhalt irgendeiner Strafnorm, sondern gerade den derjenigen, die der Täter übertreten zu haben glaubt. Stellen wir uns also die Frage, ob wir den Täter in unserem fiktiven Hilfsfall wegen untauglichen Versuchs bestrafen würden. Im Hilfsfall wollte der Täter durch seine Falschaussage den Freund einer drohenden Strafe entziehen. Wenn das der Inhalt des Vorsatzes nach § 258 ist, so liegt damit ein untauglicher Versuch vor. Anderes gilt dann, wenn das durch § 258 geschützte Rechtsgut auch mitbestimmt wird von der Art der Vortat und der Schutzrichtung des durch sie verletzten Tatbestandes. Dann würde dieser Tatbestand selbst jeweils Inhalt der vom Begünstiger verletzten Norm. Die Begünstigung wird jedoch als Verletzung des Strafanspruchs des Staats schlechthin aufgefasst. Es macht also für den Unrechtsgehalt dieser Norm, im Gegensatz etwa zu dem der Beihilfe, keinen Unterschied, ob der Begünstiger den Vortäter einer Strafverfolgung wegen Betruges, Diebstahls oder Fahrerflucht entzieht. Es ergibt sich also, dass der Grund der Strafverfolgung, die vereitelt werden soll, nicht Bestandteil des Vorsatzes der Strafvereitelung ist. Zur weiteren Illustration sei noch ein *argumentum a maiore ad minus* angeführt: Wäre der Irrtum des Täters noch weiter gegangen, weil es sich in Wirklichkeit nicht einmal um ein Ordnungswidrigkeitsverfahren, sondern um ein kriminologisches Forschungsprojekt des promovierenden Polizisten gehandelt hätte, so hätten wir auch keine Bedenken, den Täter wegen einer versuchten Begünstigung zur Verantwortung zu ziehen.²¹

²¹ Vgl. BGHSt 15, 210 (212 f). Im Ergebnis anders neuerdings BayObLG, JZ 1981, 715 mit sehr knapper Begründung; dem zustimmend: *Burkhardt*, JZ 1981, 681.

Die doppelte Umkehrprobe ergibt also, dass wir nicht Satz III, sondern Satz I anwenden müssen. Da wir beim umgekehrten Irrtum zur Strafbarkeit wegen Versuchs gekommen sind, handelt es sich beim Ausgangsirrturn um einen Tatbestandsirrturn. Der Täter, der eine Straftat des Vortäters irrtümlich für eine Ordnungswidrigkeit hielt, ist also mangels Vorsatzes freizusprechen. Die Umkehrprobe hat uns gelehrt, dass es Irrtümer gibt, die allein den Inhalt eines Strafgesetzes betreffen und trotzdem Tatbestandsirrturner und nicht Subsumtionsirrturner im technischen Sinne sind.

Als Beispiel zur praktischen Anwendung der Kreuzprobe nach Umkehrsatz II und IV wählen wir ebenfalls einen Fall, der in der Rechtsprechung verschieden behandelt worden ist:²² die Fälschung von Formularen, die ohne Ausfüllung zur Täuschung im Rechtsverkehr verwendet werden sollen. Der BGH hatte zu entscheiden, ob ein Täter, der ohne offiziellen Auftrag Formulare für sog. »ration-cards« gedruckt hatte, wegen versuchter Urkundenfälschung strafbar sei. Diese »ration-cards« wurden von amerikanischen Soldaten bei Einkauf unverzollter Zigaretten in den Kantinen vorgelegt, wo, wie auch bei den Lebensmittelkarten üblich, entsprechend der gekauften Mengen Bezugsabschnitte abgetrennt und aufbewahrt wurden. Gültig waren diese Karten nur mit einer Angabe des Namens des Bezugsberechtigten und der Unterschrift von dessen Einheitsführer. Es hatte sich aber in den Kantinen entgegen den Vorschriften die Gewohnheit eingeschlichen, auch die abgetrennten Bezugsabschnitte oder die unausgefüllte und nicht unterschriebene Karte zu beliefern. Der BGH ist davon ausgegangen, dass durch diese Gewohnheit aus den leeren Formularen oder den abgetrennten Bezugsabschnitten keine Zufallsurkunden entstanden sind, weil, trotz Anerkennung der Lehre von den Zufallsurkunden, in diesem Fall eine Beweisbestimmung nicht ohne die erklärende Militärbehörde erfolgen konnte. Jetzt prüft das Gericht die Frage, ob eine etwa gegebene irrtümliche Annahme von Beweisbestimmung beim Täter Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs begründen würde. Formuliert man den Irrtum etwa wie folgt: »Der Täter hat geglaubt, die Soldaten und der Kantinenwirt hätten die »ration-cards« und Abschnitte zum Beweis bestimmt«, so erscheint er als vorsatzbegründender Tatsachenirrturn. Diese Formulierung ist jedoch sehr ungenau. Halten wir uns nicht exakt an das, worin die Vorstellung des Täters von der Wirklichkeit abweicht, so werden wir den Irrtum falsch klassifizieren und die Umkehrprobe wird uns erst recht in die Irre führen. Der Täter hat genau gewusst, was die Soldaten und der Kantinenwirt mit den »ration-cards« machen würden, sein Irrturn bestand nur darin, zu glauben, dass dies eine Beweisbestimmung i. S. der Lehre von der Zufallsurkunde sei. So formuliert erscheint der Irrturn eher als Subsumtionsirrturn, weil er den Inhalt eines Merkmals des Urkundenbegriffs und damit die inhaltlichen Grenzen des Urkundenschutzes betrifft. Bei

22 Einerseits: BGHSt 13, 235 (239 ff); andererseits: BGHSt 7, 53 (57 f).

der einfachen Umkehrprobe berichtigen wir lediglich die Vorstellung des Täters, was in jedem Fall zur Straflosigkeit führt. Wir können uns lediglich die Frage vorlegen, ob wir nun die fiktive Tatsache, dass der Täter wusste, es würden durch die Benutzung der unausgefüllten »ration-cards« keine Zufallsurkunden entstehen, zur Begründung seiner Straflosigkeit benötigen. Erst mit der doppelten Umkehrprobe würde sich auch die Rechtsfolge ändern, wenn es sich ursprünglich um einen Subsumtionsirrtum gehandelt hat. Wir fingieren also weiter, dass der vorschriftswidrige Gebrauch der Formulare oder der abgetrennten Abschnitte in den Kantinen zum Beweis der Bezugsberechtigung eine Beweisbestimmung i. S. der Lehre von der Zufallsurkunde gewesen sei. Dabei sind wir noch nicht sicher, ob diese Fiktion den Inhalt des § 267 oder die tatsächlichen Voraussetzungen im Einzelfall betrifft. Mit dieser zweiten Fiktion sind aber jedenfalls die objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit des Täters hergestellt. Wir müssen uns nun fragen, ob sein fiktiver Irrtum, die leeren Formulare oder die abgetrennten Bezugsabschnitte seien durch den Gebrauch keine Zufallsurkunden geworden, ihn von dem Vorwurf der Urkundenfälschung entlasten würden. Das wäre nicht der Fall, denn zum Vorsatz gehört nicht das Wissen, dass das, was mit dem Falsifikat gemacht werden soll, eine Beweisbestimmung ist, sondern lediglich die Kenntnis darüber, was mit dem Falsifikat geschehen soll. Der umgekehrte Irrtum ist also ein Subsumtionsirrtum und damit erweist sich der ursprüngliche als umgekehrter Subsumtionsirrtum. Eine Strafbarkeit des Täters im Ausgangsfall wegen untauglichen Versuchs hat also der BGH zurecht abgelehnt.

Der BGH hat dieses Ergebnis gewonnen, ohne den Umkehrschluss zu bemühen. Wer aber nun einwendet, das Ergebnis sei eigentlich von vornherein klar gewesen und der Umkehrschluss habe gar nichts Neues gebracht, verkennt die Leistungsfähigkeit der Logik im Recht. Ein noch so kompliziertes Schlussverfahren kann, wenn es wirklich ein logisches ist, nichts anderes erbringen als eine Umformulierung der Ausgangsfrage. Ihre Beantwortung kann die Logik dem Juristen niemals abnehmen, es sei denn, die Fragestellung selbst ist schon fehlerhaft, weil die Antwort in der Frage bereits enthalten ist.

Die Anwendung der vier Umkehrsätze auf Irrtümer über normative Tatbestandsmerkmale und allgemeine Verbrechenmerkmale, demonstriert am Verwerflichkeitserfordernis des § 240 Abs. 2 und an der Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht in § 242

Die Anwendungen der vier Umkehrsätze mit der Kennziffer 2 betreffen den Problembereich der Wertungsirrtümer und der Einordnung normativer Merkmale als vorsatzbestimmende Tatbestandsmerkmale oder allgemeine Verbrechenmerkmale. Man kann die vier Umkehrsätze dazu verwenden, um

die Konsequenzen einer solchen Einordnung abstrakt zu erfassen und diese dadurch zu erhärten oder zu erschüttern. Man kann sie aber auch dazu benutzen, eine Einzelfallentscheidung über die Relevanz eines bestimmten Irrtums durch dessen probeweise Umkehrung zu überprüfen.

Wir demonstrieren das erste Verfahren an der Verwerflichkeitsklausel des § 240, deren Einordnung umstritten ist. Versteht man die Verwerflichkeitsklausel als Tatbestandsmerkmal²³ und anerkennt man das Erfordernis der Parallelwertung in der Tätersphäre bei normativen Tatbestandsmerkmalen,²⁴ so schließt das Fehlen einer Bewertung des eigenen Verhaltens als verwerflich die Strafbarkeit nach § 240 aus. Zu beachten ist allerdings, dass das uns hier interessierende Wertungsmanko weder auf einer Tatsachenuckenntnis beruhen darf, sonst wäre es ein einfacher Tatbestandsirrtum i. S. der Anwendung 1 von Umkehrsatz I, noch auf einem zu hoch angesetzten Maßstab der Verwerflichkeit, sonst wäre es ein Irrtum über den gesetzlichen Begriff und damit ein Fall des Umkehrsatzes III. Ob und wie ein solcher Wertungsirrtum überhaupt möglich ist, kann hier nicht geklärt werden, die Lehre von der Parallelwertung in der Tätersphäre setzt ihn jedenfalls als möglich voraus. Aus der Einordnung eines solchen Wertungsirrtums als strafbarkeitsausschließender Tatbestandsirrtum folgt nach Anwendung 2 von Umkehrsatz I die Möglichkeit, den Täter, der sein Verhalten fälschlich als verwerflich bewertet hat, wegen Versuchs zu bestrafen.

Zu beachten ist auch hier, wie bei Anwendung 1 von Umkehrsatz I, dass damit die weiteren Bedingungen der Versuchsstrafbarkeit nicht festliegen. Die Lehre von der Parallelwertung in der Tätersphäre ist durch einen gültigen Umkehrschluss nicht gehindert, einen solchen Täter straflos zu lassen, wenn sein Verhalten unter den (richtigen oder falschen) Sachverhaltsgegebenheiten, die er sich vorgestellt hat, das Urteil der Verwerflichkeit nicht verdient. Hier gilt das zur Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen Gesagte entsprechend, denn auch im subjektiven Bereich können weitere Anforderungen an den Versuch gestellt werden. Es könnte z. B. gefordert werden, dass der Täter nicht nur die Wertvorstellung des normativen Tatbestandsmerkmals gehabt hat, sondern auch eine diese ausfüllende Tatsachenvorstellung.

Ob eine solche Forderung gestellt wird, hängt nicht vom Umkehrprinzip ab, sondern davon, wie das Erfordernis der Parallelwertung in der Tätersphäre mit § 16 verknüpft wird. Hält man die Parallelwertung selbst für die Tatsache, deren Kenntnis § 16 fordert,²⁵ so ist für ein weiteres Erfordernis der

23 Z. B. Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 16; Hirsch, LK, 9. Aufl., 1974, Vor § 51, Rn. 15.

24 Z.B. Schönke/Schröder-Cramer, § 15, Rn. 45 m. w. N.; Wessels, AT, S. 69 m. w. N.; zur Entwicklung dieses Prinzips vgl. neuerdings Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982.

25 So im Ergebnis BGHSt 3, 248 (255); Traub, JuS 1967, 113 (116); Foth, JR 1965, 366 (372); Stöger, Versuch des untauglichen Täters, 1961, S. 24 ff; mit Einschränk-

Vorstellung von Tatsachen, auf die diese Wertung zutrifft, nach § 16 kein Raum mehr. Sieht man dagegen die bewerteten Tatsachen als die i. S. von § 16 zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatsachen an, so kann man immer noch deren richtige Bewertung i. S. des normativen Tatbestandsmerkmals als zusätzliches Vorsatzerfordernis einführen.²⁶ Das Erfordernis der Vorstellung von die Bewertung tragenden Tatsachen würde allerdings die doppelte Umkehrprobe nach Satz I und III verderben.

Die Anwendung 2 von Umkehrsatz II ist unabhängig davon, wie diese Frage entschieden wird. Hält man die Feststellung einer Parallelwertung des eigenen Verhaltens als verwerflich für eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit, so folgt der Strafbarkeitsausschluss aus ihrem Fehlen, gleichgültig, ob man für die Versuchsstrafbarkeit diese Wertung auch dann für ausreichend hält, wenn die Tatsachenvorstellungen des Täters sie nicht tragen.

Diese Konsequenz der Einordnung der Verwerflichkeit als normatives Tatbestandsmerkmal dürfte der Grund dafür sein, dass die h. L. sie ablehnt und die Klausel als negativ gefassten Rechtfertigungsgrund und damit als allgemeines Verbrechenmerkmal versteht.²⁷ Daraus ergibt sich nach der h. L. zum Erlaubnistatbestandsirrtum²⁸ das Erfordernis der Kenntnis der wertausfüllenden Tatsachen und die Unbeachtlichkeit eines reinen Wertungsirrtums nach h. L. zum Erlaubnisirrtum²⁹ und zum umgekehrten Erlaubnisirrtum. Für die allgemeinen Verbrechenmerkmale gehen, sofern ihre Einordnung feststeht, die Anwendungen Ziff. 2 der Umkehrsätze in denen Ziffer 3 und 4 auf. Trotzdem haben die Anwendungen Ziffer 2 auch für diese ihre Existenzberechtigung als Mittel, die Einordnung zu überprüfen. Das gilt vor allem für die Rechtswidrigkeitserfordernisse, die nicht offensichtlich eine Anspielung auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe sind, sondern tatbestandsspezifische Elemente tragen, wie die Sorgfaltswidrigkeit, die Garantspflicht und eben die Verwerflichkeitsklausel des § 240.

Ist die Einordnung der Verwerflichkeitsklausel als allgemeines Verbrechenmerkmal richtig, so ist das Fehlen einer Verwerflichkeitsbewertung in der Tätervorstellung als Verbotsirrtum unbeachtlich und ein Fall der Anwendung 2 von Umkehrsatz III. Danach kann die irrije Bewertung eines Verhaltens als verwerflich keine Strafbarkeit begründen, auch wenn sie ihren Grund

kungen auch *Schlächter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S. 154 f.

26 *Jakobs*, AT, 25/42; wohl auch *Burkhardt*, wistra 1982, 178 (181) und *Weber*, MDR 1961, 426 f; vgl. auch BGHSt 1, 13 (16 f).

27 So ausdrücklich z. B.: *Wessels*, BT I, 9. Aufl., 1985, S. 83 f; *Lackner*, § 240, Anm. 66); *Schäfer*, LK, 9. Aufl., 1974, 5240, Rn. 57. In diesem Sinne wird auch die Entscheidung des Großen Senats, BGHSt 2, 194 ff. interpretiert, vgl. *Lackner*, a. a. O. m. w. N.

28 Z. B. *Jescheck*, AT, S. 375; *Wessels*, AT, S. 126 f.; jew. m.w.N.

29 Z. B. *Jescheck*, S. 373 m.w.N. in Fn. 34.

nicht in einem zu hoch angesetzten allgemeinen Verwerflichkeitsmaßstab hat (umgekehrter Subsumtionsirrtum), sondern in einer zu strengen Bewertung des Einzelfalles. Wohl noch aussagekräftiger für die Überprüfung der Einordnung ist Anwendung 2 von Umkehrsatz IV. Wird für den Vorsatz eine Verwerflichkeitsvorstellung nicht verlangt, so kann eine Vorsatzstrafe auf das Vorhandensein einer solchen Vorstellung niemals gegründet werden, gleichgültig welche weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen man aufstellt.

Wir haben die Umkehrsätze soeben auf die abstrakte Rechtsfrage der Einordnung der Verwerflichkeitsklausel angewandt. Bei ihrer Anwendung zur Überprüfung einer Einzelfallentscheidung tritt eine zusätzliche Schwierigkeit auf. Hier kreuzt sich nämlich die Unterscheidung zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen und allgemeinen Verbrechenmerkmalen mit der zwischen Tatsachenirrtum, Bewertungsirrtum und Subsumtionsirrtum bzw. deren Umkehrungen. Wenn die Behandlung eines einzelnen Irrtums als beachtlich oder unbeachtlich zweifelhaft ist, so kann das sehr verschiedene Gründe haben. Die Inhaltsbestimmung des Tatbestandsmerkmals selbst kann unsicher sein, man denke etwa an den Streit um die Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht beim Diebstahl. Die Klassifikation der Vorstellung als Tatsachenvorstellung, Parallelwertung in der Tätersphäre oder Subsumtionsvorstellung kann zweifelhaft sein. Schließlich kann die Einordnung des betreffenden Merkmals als Tatbestandsmerkmal oder allgemeines Verbrechenmerkmal ungewiss sein. Wenn nun die Anwendung des einschlägigen Umkehrsatzes zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, so spricht das dafür, dass bei einer dieser Entscheidungen ein Fehler gemacht wurde, aber darüber, wo dieser liegt, sagt die Umkehrprobe nichts aus. Denn sie geht lediglich von der Entscheidung aus, dass die betreffende Vorstellung eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit bzw. eine hinreichende Bedingung des Strafbarkeitsausschlusses ist oder nicht. Sie hat, gleichgültig wie diese Entscheidung begründet ist, immer die gleiche Form.

Das lässt sich gut eben am Problem der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung in § 242 demonstrieren. Nehmen wir an, unser Täter habe geglaubt, der abgeschlossene Kaufvertrag gäbe ihm einen Speziesanspruch auf das ihm vorgeführte Exemplar, während es in Wahrheit ein Gattungskauf war. Er habe sich deshalb »nicht als einen Dieb« angesehen, als er eben dieses Exemplar eigenmächtig an sich nahm. Wir haben es mit zwei Vorstellungen des Täters zu tun: der, dass er einen Speziesanspruch hatte, und der, dass seine Zueignung nicht rechtswidrig i. S. von § 242 sei.

Die Strafbarkeit könnte zunächst deshalb ausgeschlossen sein, weil der Täter mit der zweiten Vorstellung Recht hat. Das wäre der Fall, wenn man die eigenmächtige Zueignung bei Gattungs- wie bei Speziesschulden für nicht rechtswidrig i. S. von § 242 hält.³⁰ Man mag dann den Irrtum über die

30 *Binding*, Strafrecht BT 1, 2. Aufl., 1902, S. 272.

Gattungsschuld berichtigen und kommt ebenfalls zur Strafflosigkeit. Das ist dasselbe Ergebnis wie bei Umkehrsatz IV; aber ein umgekehrter Irrtum über die Strafbarkeit liegt im Ausgangsfall sicher nicht vor, der Täter hielt sich ja »nicht für einen Dieb«. Der Irrtum über die Speziesschuld ist aber nach der zugrunde gelegten Rechtsauffassung genauso irrelevant wie einer über die Subsumtion, denn er liegt außerhalb des Vorsatzes und der übrigen subjektiven Deliktsmerkmale. Der Irrtum entlastet nicht etwa den Täter, aber andere Voraussetzungen der Strafbarkeit sind nicht gegeben, nämlich das Fehlen eines Sachverschaffungsanspruchs überhaupt in der Wirklichkeit und in der Vorstellung des Täters.

Die Strafbarkeit könnte weiter deshalb ausgeschlossen sein, weil es sich um einen Irrtum über eine tatbestandsausfüllende Tatsache handelt,³¹ also um die Anwendung 1 von Umkehrsatz I.

Die Umkehrprobe würde dann darin bestehen, die entsprechende tatbestandsmäßige Vorstellung zu fingieren, also die Vorstellung, jedenfalls keinen Speziesanspruch auf die weggenommene Sache zu haben. Dann müsste sich bei Richtigkeit der Ausgangsthese Strafbarkeit ergeben, und zwar unabhängig davon, ob als fiktive Vorstellung auch das Fehlen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Speziesschuld eingesetzt wird oder nur das Fehlen der zivilrechtlichen Klassifikation eines vorgestellten Anspruchs als Speziesschuld.

Die Strafbarkeit könnte schließlich deshalb ausgeschlossen sein, weil es sich um eine misslungene Parallelwertung des normativen Tatbestandsmerkmals »Rechtswidrigkeit der Zueignung«³² in der Tätersphäre handelt. Das wäre ein Fall von Anwendung 2 des Umkehrsatzes I. Dabei ist aber genau die gleiche Vorstellung als Umkehrung einzusetzen wie soeben, denn die Lehre von der Rechtswidrigkeit der Zueignung als normatives Tatbestandsmerkmal bestimmt diese als Fehlen eines Speziesanspruchs auf die weggenommene Sache im zivilrechtlichen Sinne. Ein Unterschied zur eben angedeuteten Probe besteht nur insofern, dass als umgekehrte Vorstellung nur die zivilrechtliche Klassifikation des Anspruchs als Gattungsanspruch eingesetzt werden darf und nicht eine andere Vorstellung über die anspruchsbegründenden (natürlichen) Tatsachen. Denn es soll ja nur die misslungene Parallelwertung korrigiert werden. Ist die Einordnung des ursprünglichen Irrtums richtig, so muss sich jetzt ebenfalls Strafbarkeit ergeben.

31 So die Auffassung von *Darnstädt*, der u. a. zivilrechtliche Rechtsverhältnisse als »institutionelle Tatsachen« versteht und einen Irrtum über sie demgemäß als Irrtum über Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören i. S. des § 16, vgl. JuS 1978, 441 (446).

32 So die h. L., ausdrücklich z. B.: *Lackner*, § 242, Anm. 5 d); *Maurach/Schroeder*, BT 1, 6. Aufl., 1977, S. 291; vgl. auch BGHSt 17, 87 (90).

Auch die Annahme der Irrelevanz dieses Irrtums kann ganz verschieden begründet werden. Die Vorstellung von der Speziesschuld kann deshalb erheblich sein, weil auch eine solche die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung nicht ausschließt.³³ Dann bleibt der Irrtum über die Rechtswidrigkeit als solche. Der könnte deshalb keine entlastende Wirkung haben, weil dies ein allgemeines Verbrechenmerkmal ist. Wir hätten es also mit der Anwendung 2 von Umkehrsatz III zu tun. Wir gehen also davon aus, dass der Täter die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit seiner Wegnahme hatte und prüfen, ob sie ihn insofern belastet, als wir seine Strafbarkeit (wegen Vollenendung oder Versuch) u. a. mit dieser Vorstellung begründen. Wie bei Anwendung 1 von Umkehrsatz III vorgeführt, können wir die Umkehrprobe dadurch eindrucksvoller machen, dass wir annehmen, die Wegnahme sei objektiv nicht rechtswidrig gewesen. Kommt dann eine Strafbarkeit nach § 242 aufgrund der Vorstellung des Täters, seine Zueignung sei rechtswidrig gewesen, nicht in Betracht, so ist die Annahme der Irrelevanz auch des Fehlens der Vorstellung bestätigt.

Nicht bestätigt ist damit aber ihre Begründung. Denn man könnte sie etwa auch damit begründen, dass es sich um einen reinen Subsumtionsirrtum handle. Dann brauchten wir die Anwendung 1 von Umkehrsatz III, müssten aber wieder die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit einer objektiv rechtmäßigen Zueignung als Umkehrung einsetzen.

Dennoch vermag die Umkehrprobe zur Erhärtung auch der Begründung einer Entscheidung über die Relevanz einer Vorstellung etwas zu leisten, wenn auch nicht durch ein logisches Verfahren. Indem sie uns zu weiteren Fällen verhilft, die konsequenterweise anhand der gleichen Klassifikationen und Begründungen zu entscheiden wären, verstärkt sie deren induktive Basis.

Der Umkehrschluss in der Rechtfertigungslehre

Die Anwendungen der Umkehrsätze mit der Kennziffer 3 betreffen den Erlaubnistatbestandsirrtum und dessen Umkehrung. Da in diesem Bereich der Irrtumslehre heute noch am meisten Uneinigkeit herrscht, ist hier die Fruchtbarkeit des Umkehrschlusses bei der Begründung allgemeiner Rechtssätze am größten, aber auch die grundsätzlichen Angriffe gegen seine Gültigkeit sind hier am stärksten und bedeutungsvollsten. Deswegen ist es nützlich, sich die Leistungsfähigkeit des Umkehrschlusses und ihre Grenzen gerade an diesen Irrtumsarten nochmals klarzumachen.

Anwendung 3 von Umkehrsatz I geht von der Prämisse aus, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum die Strafbarkeit nach dem Vorsatzdelikt ausschließt. Daraus folgt nach dem Umkehrschluss, dass das Fehlen der Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit mitbegründet. Die Prämisse ist

³³ *Hirsch*, JZ 1963, 149 (150 ff, 152); *Welzel*, S. 325.

also unvereinbar mit einer rein objektiven Rechtfertigungslehre,³⁴ nicht aber mit einem Verzicht auf Strafbarkeit wegen Vollendung oder Versuch bei objektiv gegebenen Rechtfertigungsvoraussetzungen. Aus der Beachtlichkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums folgt also nicht etwa die Lehre von der Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente. Notwendig verknüpft wären beide Thesen nur bei Anerkennung jenes mit dem Umkehrschluss manchmal verwechselten Symmetriepostulats, nach dem der Inhalt eines Verbrechensmerkmals, hier die Negation aller Rechtfertigungsmöglichkeiten, entweder nur objektiv oder nur in der Vorstellung des Täters notwendig ist, niemals aber beides.

Anwendung 3 von Umkehrsatz II ist deshalb äußerst interessant, weil sie die Unvereinbarkeit zweier Thesen ergibt, die in der Rechtslehre gemeinsam vertreten worden sind, nämlich der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen mit der strengen Schuldtheorie.³⁵ *Roxin* hat diese beiden Thesen in der Tat auch aufgrund des Umkehrschlusses für logisch unvereinbar gehalten, aber gleichzeitig ihren Vertretern zugestanden, die logische Stimmigkeit der von ihnen angenommenen Sachgerechtigkeit aufopfern zu dürfen.³⁶ Eine solche Aufopferung der Logik ist aber keine Lösung des Problems. Wenn es wirklich nicht möglich ist, diese Lehre von den Bedingungen des Unrechtsausschlusses und der Unrechtsbegründung logisch einwandfrei zu formulieren, so ist diese Lehre nicht nur theoretisch unsinnig, sondern praktisch auch willkürlich und ungerecht, verstößt also gegen Art. 3 GG.

Die Prämisse von Anwendung 3 des Umkehrsatzes II muss, wie schon allgemein erläutert, so gelesen werden, dass das Fehlen von rechtfertigenden

34 Z. B. *Spendel*, LK, 10. Aufl., 1985, 532, Rn. 138 m. w. N. in Fn. 275.

35 *Welzel*, S. 89 u. S. 83 f; *Maurach*, AT, 4. Aufl., 1971, S. 306 u. S. 303; *Bockelmann*, AT, 3. Aufl., 1979, S. 120 u. S. 95; *Niese*, DRiZ 1953, 20 ff u. Finalität, 1951, S. 17 ff.

36 Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., 1970, S. 160. – *Herzberg* versucht das Argument *Roxins* gegen die Vereinbarkeit der strengen Schuldtheorie mit der Strafbarkeit bei umgekehrtem Erlaubnistatbestandsirrtum seinerseits als logisch fehlerhaft zu entkräften, indem er darauf hinweist, dass die Strafe (wegen Versuchs oder auch Vollendung) bei umgekehrtem Erlaubnistatbestandsirrtum nicht auf das Unrechtsbewusstsein (i. S. des Fehlens von Rechtfertigungsvorstellung) gegründet werde, sondern lediglich auf den Vorsatz, der ja von der objektiven Rechtfertigungslage unberührt bleibe (Fn. 7, S. 480). Aber wenn das richtig wäre, müsste ja auch bei richtiger Vorstellung des Täters von den tatsächlich gegebenen Rechtfertigungsvoraussetzungen (mindestens wegen Versuchs) gestraft werden. In Wahrheit ist für die Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit bei objektiv gegebener Rechtfertigungssituation. Eben deshalb kann sie nicht mit der strengen Schuldtheorie das Fehlen dieser Strafbarkeitsvoraussetzung, also den Erlaubnistatbestandsirrtum, ohne weiteres für nicht strafbarkeitsausschließend erklären.

Tatsachenvorstellungen notwendige Bedingung der Strafbarkeit (wegen Versuchs oder Vollendung) ist. Versteht man die Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen i. S. dieser These, so folgt aus ihr allerdings die Beachtlichkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums und insofern die eingeschränkte Schuldtheorie. Es ist also nicht damit getan, zunächst von der strengen Schuldtheorie auszugehen und dann subjektive Elemente als notwendige Voraussetzungen der Rechtfertigung einzuführen. Man muss darüber hinaus vielmehr sicherstellen, dass gleichwohl ihr Fehlen nicht notwendige Bedingung der Strafbarkeit i. S. der Prämisse unserer Anwendung 3 des Umkehrsatzes II ist. Das kann man dadurch erreichen, dass man die notwendige Bedingung der Strafbarkeit als Disjunktion formuliert. Sie lautet dann: Die rechtfertigenden Tatsachen sind entweder objektiv oder nach der Vorstellung des Täters nicht gegeben. Wendet man unseren Umkehrsatz II auf diese Prämisse an, so ergibt sich, dass die Strafbarkeit nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Rechtfertigungstatsachen sowohl objektiv als auch in der Vorstellung des Täters gegeben sind. Genau das ist der Inhalt der strengen Schuldtheorie.

Es hat sich also gezeigt, dass es eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit des Umkehrschlusses ist, mit ihm die Unvereinbarkeit der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen mit der strengen Schuldtheorie ein für alle mal logisch zwingend dartun zu wollen. Man kann aber mit Hilfe des Umkehrschlusses zeigen, dass diese Theorien nur mit Hilfe der vorgeführten disjunktiven Strafbarkeitsbedingung miteinander zu vereinbaren sind. Damit ist aber auch die eigentliche Schwäche dieser Kombination von Thesen zur Rechtfertigung offen gelegt: Eine disjunktive Bedingung der Strafbarkeit, in der ein subjektives Moment durch ein objektives ersetzt werden kann oder umgekehrt. Dass eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit dergestalt zwischen objektiver und subjektiver Tatseite alterniert, würde unsere sonst übliche Trennung zwischen subjektiven und objektiven Verbrechenselementen durchbrechen. Auch ist nicht ersichtlich, wie ein materieller Begriff von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Schuld aussehen könnte, der ein solches zwischen subjektiv und objektiv changierendes Zwittermerkmal aufnehmen könnte. In der üblichen Ausdrucksweise, in der die Voraussetzungen der Rechtfertigung und nicht die der Strafbarkeit dargestellt werden, wird aus der Disjunktion eine Konjunktion, und da Konjunktionen von subjektiven und objektiven Elementen im Verbrechenbau normal sind, tritt das Ungewöhnliche und inhaltlich Befremdliche dieser Bedingungskombination nicht zu Tage.

Die logische Struktur, die die Analyse der Meinung *Welzels* anhand des Umkehrschlusses aufgedeckt hat, ist genau die gleiche wie die des Vorschlags von *Engisch*,³⁷ das Umkehrprinzip bei seiner Anwendung auf den

37 S. o. S. 330 f.

Subsumtionsirrtum »aufzulockern«. Auch die Leistung, die diese Analyse erbringt, ist genau die gleiche. Es ist uns auch diesmal nicht gelungen, die beiden vorgeschlagenen Prämissen, subjektive Rechtfertigungselemente einerseits und Unbeachtlichkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums andererseits, endgültig als logisch unvereinbar zu erweisen. Es hat sich im Gegenteil erwiesen, dass die Auffassung *Welzels* logisch korrekt darstellbar ist. Aber diese korrekte Darstellung hat eine Prämisse der Theorie aufgedeckt, die aus inhaltlichen Gründen unakzeptabel ist, die disjunktive Verknüpfung eines subjektiven mit einem objektiven Element innerhalb einer einzigen notwendigen Bedingung der Strafbarkeit.

Was zu *Welzel* gesagt worden ist, gilt übrigens *mutatis mutandis* auch für § 35 II, dem man also ebenfalls keinen Widerspruch vorwerfen kann. Aber auch hier entsteht ein zwischen objektiv und subjektiv alternierendes Schuld-element, das immer dann erfüllt ist, wenn die Vorstellung des Täters von seiner Notstandslage entweder objektiv wahr (und) oder subjektiv unvermeidlich war. Hier lässt sich diese Alternative jedoch auf einen inhaltlich einheitlichen Begriff bringen: Die Unvermeidbarkeit der subjektiven Notstandslage. Denn wenn diese objektiv gegeben ist, kann sie durch noch so sorgfältige Nachforschungen auch subjektiv nicht beseitigt werden.

Anwendung 3 von Umkehrsatz III geht von der These der strengen Schuldtheorie aus, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum als solcher unbeachtlich ist.³⁸ Dass auch die strenge Schuldtheorie bei Unvermeidlichkeit dieses Irrtums den Täter entlastet, macht diese Formulierung ihrer Ausgangsthe- these nicht falsch. Denn entlastend wirkt nicht der Erlaubnistatbestandsirrtum, sondern die Unmöglichkeit, das Unrechtsbewusstsein zu erlangen. Diese Unmöglichkeit kann zwar im Einzelfall in einem solchen Irrtum ihren tatsächlichen Grund haben, sie ist aber begrifflich vom Erlaubnistatbestandsirrtum unabhängig. Auch nach Anwendung 3 von Umkehrsatz III ergibt sich die Ablehnung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen aus der strengen Schuldtheorie nur unter der Voraussetzung, dass wir keine disjunktive Strafbarkeitsbedingung der oben dargestellten Art akzeptieren. Akzeptieren wir diese disjunktive Strafbarkeitsbedingung, so wird die Prämisse insofern falsch, als unter Umständen die Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit doch ausschließt, nämlich dann, wenn diese Tatsachen objektiv auch gegeben sind. Über die Relevanz oder Irrelevanz des Erlaubnistatbestandsirrtums lässt sich dann allgemein nichts aussagen. Dasselbe gilt dann für die Relevanz oder Irrelevanz des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums, also der subjektiven Rechtfertigungselemente. Sie wären nämlich für den Fall strafbarkeitsbegründend, dass objektiv die Rechtferti-

38 Siehe die in Fn. 35 genannten, sowie z. B. *Schroeder*, LK, 10. Aufl., 1985, 516, Rn. 47 ff; *Warda*, JR 1950, 546; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37; *Fukuda*, JZ 1958, 143.

gungsvoraussetzungen vorliegen, und für den Fall irrelevant, dass sie nicht vorliegen. Denn in diesem Fall stünde die Strafbarkeit des Täters nach jener disjunktiven Strafbarkeitsbedingung unabhängig von seinen Vorstellungen schon fest.

Anwendung 3 von Umkehrsatz IV ist insofern das Gegenteil der Anwendung 3 von Umkehrsatz III, als sie von der Ablehnung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungserfordernissen als Prämisse ausgeht. Ist diese Prämisse richtig, ist also die Tatsache, dass der Täter nicht die Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen hatte, unter allen Umständen irrelevant, gleichgültig, ob diese Tatsachen objektiv gegeben waren oder nicht, so folgt daraus, dass das Vorhandensein einer Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen die Strafbarkeit nicht ausschließt, also die strenge Schuldtheorie. Dass man auch diesen Bedingungszusammenhang durch Aufstellung einer disjunktiven Strafbarkeitsbedingung durchbrechen kann, brauchen wir nicht nochmals vorzuführen. Akzeptieren wir eine solche disjunktive Strafbarkeitsbedingung nicht, so ergibt sich nach dem logisch gültigen Schlussverfahren der Kontraposition folgendes: Die eingeschränkte Schuldtheorie ist vereinbar mit der Lehre von der Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente. Sie ist aber auch vereinbar mit einer Rechtfertigungslehre, die den Täter sowohl bei Vorliegen nur der objektiven, als auch bei Vorliegen nur der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen straffrei lassen würde. Umgekehrt ist die Lehre von der Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente nur vereinbar mit der eingeschränkten Schuldtheorie. Aus der Prämisse der strengen Schuldtheorie von der Unbeachtlichkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums folgt eine objektive Rechtfertigungslehre und umgekehrt.

Dem Leser wird aufgefallen sein, dass die inhaltlichen Beziehungen zwischen den mit Ziffer 3 gekennzeichneten Anwendungen der vier Umkehrsätze viel enger sind, als die, zwischen den mit Ziffer 1 und Ziffer 2 gekennzeichneten. Das liegt daran, dass wir hier erstmalig unsere Umkehrsätze konsequent auf eine einzige Art von Irrtum angewandt haben, während wir bei den früheren Anwendungen den Sätzen I und II einerseits und den Sätzen III und IV andererseits jeweils verschiedene Irrtumspaare zugrunde gelegt haben. Bei den Anwendungen Kennziffer 1 waren es der Tatbestandsirrtum und der umgekehrte Tatbestandsirrtum einerseits, der Subsumtionsirrtum und der umgekehrte Subsumtionsirrtum andererseits; bei der Anwendung Ziffer 2 waren es der Irrtum in der Parallelwertung eines Tatbestandsmerkmals und seine Umkehrung einerseits, der Irrtum in der Wertung eines allgemeinen Verbrechensmerkmals und seine Umkehrung andererseits. Das hatte seinen Grund darin, dass es jeweils diese beiden Irrtumspaare sind, zwischen denen eine Verwechslungsgefahr besteht, der durch die Anwendung der Umkehrprobe auf den Einzelfall begegnet werden kann. Auch hätte es wenig Sinn gehabt, anhand des Umkehrschlusses die Konsequenzen der These zu überprüfen, dass ein Tatbestandsirrtum unbeachtlich sei oder der These, dass der

Subsumtionsirrtum beachtlich sei. Bei den Anwendungen Kennziffer 3 sind wir zum ersten Mal in dem Falle, dass die Relevanz eines Irrtums grundsätzlich streitig ist, deshalb war es hier erstmalig sinnvoll, sowohl die Annahme seiner Relevanz, nämlich in den Anwendungen von Umkehrsatz I und II als auch die seiner Irrelevanz, nämlich mit den Anwendungen von Umkehrsatz III und IV zu untersuchen.

Die Anwendung der vier Umkehrsätze auf den Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens

In der Anwendung Ziffer 4 geht es um den Erlaubnisirrtum und den Verbotsirrtum im weiteren Sinne. Das folgende gilt also auf der einen Seite sowohl für den Verbotsirrtum im engeren Sinne, als auch für den Erlaubnisirrtum und den Erlaubnisgrenzirrtum, auf der anderen Seite sowohl für das Wahndelikt im engeren Sinne als auch für den umgekehrten Erlaubnisirrtum und den umgekehrten Erlaubnisgrenzirrtum. Auch hier haben wir unsere vier Umkehrsätze auf ein und denselben Irrtumsinhalt durchgängig angewandt. Dabei zeigt sich, dass die Vorsatztheorie die einzige ist, die die Möglichkeit hat, einen Erlaubnisirrtum unter Strafe zu stellen, jedenfalls solange man keine disjunktiven Strafbarkeitsbedingungen akzeptiert. Es kann aber der Vorsatztheorie nicht als Inkonsequenz vorgeworfen werden, dass sie den umgekehrten Erlaubnisirrtum im engeren Sinne unbestraft lässt. Denn mit der Feststellung, dass das Unrechtsbewusstsein notwendige Bedingung der Strafbarkeit ist, ist nichts darüber ausgesagt, von welchen weiteren Bedingungen diese noch abhängt. Die Strafbarkeit des Wahndelikts wäre aus der Vorsatztheorie nur dann abzuleiten, wenn jenes Symmetriepostulat gültig wäre, wonach ein Verbrechenselement entweder als objektives oder subjektives notwendig ist, niemals aber beides zugleich. Die Vorsatztheorie ist nicht daran gehindert, sowohl die objektive Rechtswidrigkeit der Tat als auch das Bewusstsein des Täters davon zu verlangen.

Da wir es bei den Anwendungen Ziffer 3 und auch bei denen Ziffer 4 immer mit der gleichen Irrtumsart zu tun haben, können wir diese Satzgruppen nicht dazu verwenden, die Klassifikation eines einzelnen Irrtums etwa als Erlaubnistatbestandsirrtum oder Erlaubnisirrtum zu überprüfen. Für eine Lehre, die beide Irrtümer gleichbehandelt, also für die strenge Schuldtheorie wie für die Vorsatztheorie, ist eine solche Umkehrprobe gar nicht möglich. Nur auf dem Boden der eingeschränkten Schuldtheorie kann sie durchgeführt werden und zwar anhand der Anwendungen Ziffer 3 der Umkehrsätze I und II für den Erlaubnistatbestandsirrtum und der Anwendungen Kennziffer 4 der Umkehrsätze III und IV auf den Erlaubnisirrtum. Daraus ergibt sich kein Argument für die eingeschränkte Schuldtheorie. Das Umkehrprinzip wird zwar vielfach dazu angewandt, um die schwierige Klassifikation eines Irrtums als Irrtum über Tatsachen oder Irrtum über strafrechtliche Norminhalte

zu überprüfen und zu sichern; dabei hat es sich als nützlich erwiesen, dass diese beiden Arten von Irrtümern nach der h. L. meistens gegensätzlich behandelt werden. Das ist aber zunächst nichts als ein Zufall, der uns bei der Anwendung der Umkehrprobe zugute gekommen ist, es lässt sich aber nicht umgekehrt aus der Umkehrprobe die Forderung ableiten, Tatsachenirrtümer und Normirrtümer immer gegensätzlich zu behandeln.

Eine ganz andere Frage ist, ob sich nicht aus unserer Übersicht der Irrtümer insgesamt ein Argument für die eingeschränkte Schuldtheorie ergibt, nämlich das, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum als Irrtum über Tatsachen Ähnlichkeit mit dem Tatbestandsirrtum und der Verbotsirrtum als Irrtum über den Norminhalt Ähnlichkeit mit dem Subsumtionsirrtum hat.

Die Umkehrprobe auf der Basis der eingeschränkten Schuldtheorie

Führen wir nun die oben angedeutete Umkehrprobe auf der Grundlage der eingeschränkten Schuldtheorie für die Klassifikation eines Irrtums als Erlaubnistatbestandsirrtum oder Erlaubnisirrtum durch. Wir haben es dann mit der Anwendung Ziffer 3 von Umkehrsatz I und mit der Anwendung Ziffer 4 von Umkehrsatz III zu tun. Erlaubnistatbestandsirrtum und Erlaubnisirrtum sind jeweils positive Vorstellungen über die Rechtfertigung des eigenen Verhaltens, ihre Umkehrungen wären also jeweils das Fehlen von entsprechenden Vorstellungen. Die Aufgabe ist nun, einen gegebenen Irrtum als Erlaubnistatbestandsirrtum oder Erlaubnisirrtum zu klassifizieren und diese Klassifikation anhand des umgekehrten Irrtums zu überprüfen.

Nehmen wir als Beispiel einen Irrtum über die Erforderlichkeit der eigenen Verteidigung bei der Notwehr, der darin besteht, dass der Täter eine weniger eingreifende Möglichkeit der Verteidigung zwar sieht, aber glaubt, sich auf sie wegen der geringen Restgefahr des Fortdauerns des Angriffs nicht einlassen zu müssen. Nehmen wir an, unser Täter hat sich gegen einen mit bloßen Händen vorgetragenen Angriff eines ihm körperlich unterlegenen Gegners sofort durch einen lebensgefährlichen Schlag auf den Kopf mit einem schweren Gegenstand gewehrt. Er hatte zwar die Möglichkeit erkannt, sich mit den bloßen Fäusten oder mit einem weniger gefährlichen Einsatz seiner Schlagwaffe zur Wehr zu setzen, sich aber trotzdem zu dem gefährlichen Einsatz entschlossen, um mit Sicherheit zu verhindern, dass der erste Schlag des Angreifers ihn trifft. Nehmen wir weiter an, der Täter hätte, obwohl er den Angriff nicht provoziert hatte, eine solche geringe Gefahr leichter Körperverletzungen in Kauf nehmen müssen, um die Lebensgefährdung des Angreifers zu vermeiden. Er hat sich dann in einem Irrtum über die Erforderlichkeit seiner Verteidigung befunden. Klassifizieren wir diesen Irrtum zunächst als einen Erlaubnisgrenzirrtum über den Umfang des Notwehrrechts, so haben wir es mit Anwendung Ziffer 4 von Umkehrsatz III zu tun. Bei der einfachen Umkehrprobe gehen wir aus vom Fehlen des oben be-

schriebenen Irrtums, dass der Schlag mit dem schweren Gegenstand auf den Kopf die erforderliche Verteidigung gewesen sei, dass also dem Täter eine weniger gefährliche nicht zugemutet werde. Wir müssen uns also fragen, ob wir das Fehlen einer solchen Vorstellung zur Begründung der Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung brauchen. Ist dies nicht der Fall, so ist unsere ursprüngliche Klassifikation des Irrtums als irrelevanter Erlaubnisgrenzirtum bestätigt.

Wir können die Probe dadurch eindrucksvoller machen, dass wir die objektive Seite entsprechend der ursprünglichen Vorstellung des Täters verändern und uns dann fragen, ob eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht kommt. Wir müssen also fingieren, dass der Täter auf eine weniger gefährliche Abwehrmaßnahme nicht verwiesen werden kann, weil die aus ihr resultierende Gefahr für den eigenen Körper ihm nicht zugemutet wird. Dann können wir uns fragen, ob die Vorstellung des Täters, dass er die weniger gefährliche Verteidigung hätte wählen müssen, eine Strafbarkeit wegen Versuchs begründen könnte. Die Richtigkeit der ursprünglichen Klassifikation wird dadurch bestätigt, dass man in solch einem Fall ein Wahndelikt annehmen würde.

Würden wir auf einen Irrtum der beschriebenen Art die Regeln von der Parallelwertung in der Tätersphäre anwenden, so würden wir ihn für relevant erklären, weil er eine andere Wertung eines einzelnen Merkmals eines Rechtfertigungstatbestandes betrifft, nämlich des Merkmals der Erforderlichkeit der Verteidigung. Wir würden diesen Irrtum dann als Erlaubnistatbestandsirrtum klassifizieren, hätten es also mit der Anwendung Ziffer 3 von Umkehrsatz I zu tun. Daraus, dass die Parallelwertung der Verteidigung als i. S. des § 32 erforderlich die Strafbarkeit ausschließt, folgt nach Anwendung 3 von Satz 1, dass das Fehlen der Würdigung einer Verteidigungsmaßnahme als zur Abwehr des Angriffs im Sinne des § 32 erforderlich Strafbarkeit wegen Vollendung oder Versuchs mitbegründen könnte. Die Lehre von der Parallelwertung in der Tätersphäre wird auf normative Elemente des Rechtfertigungstatbestandes trotz ihrer grundsätzlichen Anerkennung meist nicht angewandt, weil diese Rechtfertigungselemente nicht als Merkmale des Rechtfertigungstatbestandes, sondern als gesamtatbewertende Verbrechensmerkmale eingeordnet werden.³⁹

Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass dem Umkehrschluss ein logisch gültiges Schlusschema zugrunde liegt, nämlich die Kontraposition. Der Umkehrschluss lässt sich also nicht »teleologisch« statt »formal-logisch« anwenden, ihn »aufzulockern«⁴⁰ wäre ein Denkfehler. Trotzdem lässt sich aus ihm nicht die logische

³⁹ Schönke/Schröder-Cramer, § 16, Rn. 16; Rudolphi, SK, § 16, Rn. 13 b.

⁴⁰ Engisch, FS-Heinitz, S. 185 (205); zust.: Haft, JuS 1980, 430 (434 f).

Unvereinbarkeit von Irrtumslehren ohne weiteres ableiten, z. B. die Unvereinbarkeit der Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums mit der Strafbarkeit von Wahndelikten oder die Unvereinbarkeit der strengen Schuldtheorie mit dem Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente. Man kann die Prämissen dieser Theorien jeweils so formulieren, dass sie miteinander vereinbar sind. Dann erhalten sie jedoch eine Form, in der ihre inhaltliche Bedenklichkeit deutlicher zum Ausdruck kommt, als wenn sie für sich oder auch gemeinsam, aber in anderer Ausdrucksweise betrachtet werden. Aber eine Theorie muss in jeder möglichen Formulierung überzeugen. Dies und nicht mehr vermag die Logik bei der Aufstellung oder Überprüfung abstrakter Rechtsätze zu leisten: Sie zeigt ihren Inhalt, den sie in jeder Form schon haben durch Umformulierung in seinen verschiedenen Implikationen deutlicher auf. Die Entscheidung, ob der Jurist die dadurch in ihrer vollen Tragweite erkennbar gemachten Ausgangsthesen akzeptiert, kann sie ihm niemals abnehmen.

Mit Hilfe des Umkehrschlusses lässt sich niemals ein Satz über die zureichenden Bedingungen von Strafbarkeit ableiten, z. B. nicht die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aus § 16. Einer solchen Ableitung liegt eine Verwechslung von notwendiger und zureichender Bedingung zugrunde. Solange der Umkehrschluss nur auf ein einzelnes Verbrechenselement angewandt wird, kann er nur die Möglichkeit von Strafbarkeit oder deren Ausschluss ergeben.

Von der Anwendung des Umkehrschlusses zur Ableitung allgemeiner Sätze der Irrtumslehre ist seine Anwendung im Einzelfall grundsätzlich zu unterscheiden. Hier ermöglicht er das Aufzeigen der Konsequenzen einer Irrtumsklassifikation für einen zweiten, fiktiven Fall. Dabei kann i. V. mit den weiteren Prämissen eine Strafbarkeit als Ergebnis abgeleitet werden. Auch hier ist die Klassifikation selbst nicht durch logische Operationen zu ersetzen.

Die Schwierigkeit der Anwendung der Logik im Recht liegt nicht in den logischen Operationen selbst. Ist die logische Formel, die einem juristischen Schluss zugrunde liegen muss, wenn er diesen Namen verdient, erst einmal bloßgelegt, so ist ihre Anwendung ein fast mechanischer Vorgang, vergleichbar einem einfachen, wenn auch ungewohnten Rechenexempel. Deshalb ist die Zeichensprache der modernen Logik für den Juristen als Medium der Argumentation von sehr geringer Bedeutung. Bei unserem Denkexperiment mit dem Umkehrschluss haben wir diese Zeichensprache nur zu Darstellungszwecken angewandt, um eine einfache Schlussform noch anschaulicher optisch zu präsentieren. Wir hätten auch ganz auf sie verzichten können.

Wir haben das nicht getan, um uns dem Zwang zur Präzisierung und vor allem zur Eindeutigkeit auszusetzen. Hier liegt der Wert der logischen Zeichensprache auch für den Juristen. Nur wenn es ihm gelingt, sein Argument so weit zu präzisieren, dass er es in dieser Sprache ausdrücken kann, kann er den Nachweis erbringen, dass es sich um ein logisches Argument handelt.

Hier nun liegt die Schwierigkeit bei der Anwendung von Logik in der Jurisprudenz und gleichzeitig ihr Erkenntniswert. Die juristischen Argumente werden meistens in vagen und oft auch mehrdeutigen Worten vorgelegt, und das auch dann, wenn sie den Anspruch erheben, logisch zu sein. Mit Ausdrücken, wie »strafbarkeitsbegründend«, »belastend« oder »entlastend«, können sowohl notwendige als auch hinreichende Bedingungen der Strafbarkeit eines Verhaltens gemeint sein⁴¹ und unter einem »umgekehrten Irrtum« kann die Negation einer Vorstellung verstanden werden oder die Vorstellung einer Negation. Ist die Präzisierung durch Übersetzung in die logische Formelsprache gelungen und ist dabei als Grundlage des Arguments eine gültige logische Formel zutage getreten, so besteht eine weitere Schwierigkeit darin, diese in ihren Anwendungen richtig in die Alltagssprache zurückzuübersetzen und dann in dieser ihrer Tragweite zu ermessen. Dabei sind wir wieder den Mehrdeutigkeiten der Alltagssprache ausgesetzt. Diese sind uns umso gefährlicher, nachdem wir dem Argument die Dignität und damit Allgemeingültigkeit und Unverbrüchlichkeit der Logik zugesprochen haben. Wenn wir dieser Gefahr nicht erliegen, kann sich herausstellen, dass der Schluss, obwohl gültig, die Ergebnisse, die bisher aus ihm abgeleitet wurden, korrekt angewandt nicht, oder nur unter weiteren Prämissen, trägt. Beides hat sich in unserem Fall herausgestellt. Das Erstere z. B. bei der Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aus § 16 durch »Umkehrschluss«, das Letztere bei den verschiedenen Umkehrproben. Aber es hat sich doch herausgestellt, dass die Praxis den Umkehrschluss innerhalb ihrer eigenen Prämissen im Großen und Ganzen intuitiv richtig handhabt, wenn sie sich auch dieser Prämissen und ihrer jeweiligen Rolle beim Umkehrschluss nicht vollständig und klar bewusst ist.

Wir haben die Erprobung der Leistungsfähigkeit der Logik in der Jurisprudenz an einem besonders aussichtsreichen Gegenstand unternommen; nämlich an einem der seltenen Argumentationsmuster, die heute noch den, wenn auch angefochtenen, Anspruch erheben, logisch zu sein. Dennoch mag das Ergebnis angesichts des getriebenen Aufwandes mager erscheinen. Schließlich hat den Umkehrschluss die Rechtsprechung intuitiv entwickelt, ohne sich dabei mit logischen Formeln, Umkehrsätzen, Anwendungstabellen und Analysen von einfachen und doppelten Umkehrproben abzugeben. Die logische Intuition, die ja auch sonst weitgehend dafür sorgt, dass wir folgerichtig denken und reden, hat sich also auch hier bewährt. Sollte sie einmal nicht genügen, Fehler im Gedankengang aufzudecken und zu vermeiden, bleibt immer noch die Prüfung der Ergebnisse nach den Maßstäben der Sachgerechtigkeit. Sie wird den Juristen gerade dann wirksam warnen, wenn er der logischen Stimmigkeit keinen allzu hohen Stellenwert beimisst.

41 *Spendel*, ZStW 1957 (69. Bd.), 441 (449 ff).

Für den juristischen Praktiker ist dies sicher ein legitimer Standpunkt, schon um seinen Aufwand zu begrenzen. Der Theoretiker aber hat ihm den Dienst zu leisten, Rechenschaft darüber abzulegen, nicht nur, ob seine Begründungen überzeugen, sondern auch, warum und mit welchem Grad von Gewissheit. Er hat dabei keinen Aufwand zu scheuen, wenn es auch nur darum geht, diesen Grad an Gewissheit zu erhöhen. Dabei ist es sicher heilsam, den Anteil der Logik an der eigenen Argumentation und damit deren Geltungsanspruch nicht zu überschätzen. Aber unabhängig davon, ob dieser Anteil groß oder klein ist, unterliegt jeder juristische Gedankengang dem Maßstab logischer Korrektheit.

Eine theoretische Jurisprudenz, die sich diesem Maßstab nicht uneingeschränkt unterwirft, verwirkt nicht nur ihren ohnehin umstrittenen Titel Wissenschaft, sondern den Anspruch überhaupt, Denken, d. h. korrektes Denken, zu sein. Sie wird nichts anderes zustande bringen als mehr oder weniger gut gemachten Meinungsjournalismus.

Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus

(GA 1981, 1–20)

»Ein Gegenstand ist uns nie als bloßes Individuum gegeben, sondern immer unter gewissen begrifflichen Bestimmungen.«

F. v. Kutschera,
Sprachphilosophie

Nach heute fast einhelliger Auffassung schließt die aberratio ictus die Zurechnung des Erfolges als Erfüllung des Vorsatzes aus, weil der Täter ein anderes Objekt getroffen habe, als er treffen wollte. Diese Beschreibung der aberratio ist unvollständig, weil die Frage, ob der Täter dasjenige Objekt getroffen hat, das er treffen wollte, nur jeweils in Bezug auf eine bestimmte Beschreibung des Objekts beantwortbar ist und in der Vorstellung des Täters in der Regel mehrere solcher Individuenbeschreibungen vorkommen. Vervollständigt man die Begriffsbestimmung i. S. der h. L., so zeigt sich, dass diese nur eine Art von Individuenbeschreibung, die nach dem Ort des Objekts zur Tatzeit, für maßgeblich für die Übereinstimmung von Vorsatz und Erfolg erklärt. Dies steht im Gegensatz zu der sonst allgemein anerkannten Unbeachtlichkeit von Fehlvorstellungen des Täters über Eigenschaften des Objekts und ist durch keine Besonderheit gerade dieser Objektbeschreibung zu erklären. Die Auszeichnung dieser Individuenbeschreibung durch die h. L. gründet in der intuitiven Vorstellung, dass wir durch sie des konkreten Individuums unmittelbar habhaft werden. Diese Vorstellung von Konkretheit hält der Analyse nicht stand.

Allgemeine Voraussetzungen der Zurechnung eines Erfolges zum Vorsatz

In welchen Eigenschaften ein tatbestandsmäßiger Erfolg mit den Vorstellungen des Täters übereinstimmen muss, um ihm als Erfüllung seines Vorsatzes zugerechnet zu werden, hängt davon ab, welche Vorstellungen mindestens vorliegen müssen, damit überhaupt ein Tatvorsatz gegeben ist. Ist eine Vorstellung des Täters in diesem Sinne überflüssig, so ist ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit für die Zurechnung irrelevant.

Zunächst bestimmt der subjektive Tatbestand den Mindestinhalt des Vorsatzes. Soll ein Sachverhalt einem Täter zum Vorsatz zugerechnet werden, so

muss also seine Vorstellung mit diesem insofern übereinstimmen, als beide den gesetzlichen Tatbestand erfüllen. Das besagt § 16 StGB. Weichen in anderer Hinsicht die Vorstellungen des Täters von der Wirklichkeit ab, so schließt das die Vorsatzzurechnung auch dann grundsätzlich nicht aus, wenn dieser Irrtum für den Täter und seine Einschätzung des Ergebnisses seiner Tat von ausschlaggebender Bedeutung ist, so dass er die Tat nicht begangen hätte, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte. Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, ob der zum Vorsatz zuzurechnende Sachverhalt den Wünschen und Erwartungen entspricht, die der Täter an ihn herangetragen hat, oder geeignet ist, zu den Zielen zu führen, die er sich gesetzt hat. Man spricht in Anlehnung an eine im Zivilrecht geprägte Ausdrucksweise von einem unbeachtlichen Motivirrtum.¹

Einen Sonderfall eines solchen Motivirrtums stellen Fehlvorstellungen des Täters über außertatbestandliche Eigenschaften des betroffenen Rechtsobjekts dar, etwa über die Eigentumsverhältnisse an der beschädigten Sache oder die Eigenschaft des Getöteten als Gläubiger oder Nebenbuhler des Täters. Wiederum ein Spezialfall eines solchen Irrtums ist der sog. *error in objecto*, über dessen Unbeachtlichkeit man sich heute einig ist. Er betrifft, wie man sagt, die »Identität« oder »Individualität« des verletzten Objekts. Ein Objekt (Individuum) wird dadurch bestimmt und von anderen gleichartigen unterschieden, dass man eine oder mehrere Eigenschaften angibt, die (in dieser Zusammenstellung) nur dieses eine Objekt aufweist.² Geeignet für eine solche Individualisierung ist die Angabe des Ortes des Objektes zu einer bestimmten Zeit, denn an einem Ort können sich zu gleicher Zeit nicht zwei Gegenstände befinden. Man kann auch ein Objekt künstlich mit einer einzigartigen Eigenschaft versehen, etwa mit einer Nummer, die nur einmal ausgegeben wird (Kennzeichen), oder ihm als einzigem einen bestimmten Namen zuordnen. Auch eine Beziehung zu anderen Individuen, z. B. der einzige Sohn des Herrn X, ist zur Individualisierung geeignet, wenn sie nur einmalig ist. Ein Irrtum über die »Identität« des Tatobjektes ist also nichts anderes, als ein Irrtum über solche einzigartigen Eigenschaften, und er ist aus dem glei-

1 Vgl. z. B. *Wessels*, AT, S. 50; *Jescheck*, AT, S. 249; *Baumann*, AT, S. 426; *Kohlrausch/Lange*, zu § 59 (a. F.) Anm. V 4 a, *Lackner*, zu § 15, Anm 2 a; *LK-Schroeder*, zu § 16 Rn. 8; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 36; *Bemmann*, MDR 1958, 819; *Alwart*, JuS 1979, 352. Indessen weist schon *Coenders*, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909, S. 126 darauf hin, dass diese Redewendung keine Begründung für die Unbeachtlichkeit des außertatbestandlichen Irrtums liefern kann, denn »das Wort ›Irrtum im Motiv‹ kann an sich keine besondere Kategorie von Irrtum umgrenzen. Jeder Irrtum ist ein Irrtum im Motiv.« Der eigentliche Grund für die Irrelevanz dieser Irrtümer ist, dass sie das Wissen des Täters um die Tatbestandsmäßigkeit seines Handelns nicht beeinträchtigen.

2 Vgl. dazu etwa *Carnap*, Bedeutung und Notwendigkeit, S. 41; *Kutschera*, Sprachphilosophie, S. 135; *Dommert*, Nominalism, in *Philosophical Review* 1956, S. 494.

chen Grunde unbeachtlich wie jede andere außertatbestandliche Fehlvorstellung.

Wenn die dargestellten Anforderungen an die Übereinstimmung von Vorsatz und Erfolg richtig und vollständig sind, kann die Lösung nicht stimmen, die die heute ganz h. L. für eine Art der Abweichung der Vorstellung des Täters von der Wirklichkeit vertritt: die sog. aberratio ictus. Zielt der Täter auf ein Objekt und trifft ein gleichartiges anderes, so soll ihm dieser Erfolg nicht als vorsätzlich verursacht zugerechnet werden können, weil er die Verletzung *dieses Objekts* nicht gewollt hat.³ Der Gegenmeinung, die die aberratio ictus genau wie den error in objecto und jeden anderen außertatbestandlichen Eigenschaftsirrhum für unbeachtlich erklärt,⁴ wird vorgeworfen, sie fingiere den Vorsatz, das getroffene Objekt zu verletzen unter Berufung auf dessen Gleichwertigkeit mit dem vom Täter anvisierten anderen Objekt,⁵ daher die Bezeichnung »Gleichwertigkeitstheorie«,⁶ oder man hält ihr entgegen, sie unterstelle dem Täter einen Vorsatz zur Verletzung eines beliebigen

3 Vgl. *Wessels*, AT, S. 50 f.; *Stratenwerth*, AT, Rn. 281; *Schmidhäuser*, AT, 10/45; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 347; *Blei*, AT, S. 113 f.; *Baumann*, AT, S. 427; *Schönke/Schröder-Cramer*, zu § 16, Rn. 56; *Dreher/Tröndle*, zu § 16, Rn. 6; *Lackner*, zu § 15, Anm. 2 a; *Binding*, Normen III 1918, S. 223 f.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 70 f.; v. *Hippel*, LB, 1932, S. 137 f.; *Mezger*, LB 1931, S. 314; *StB* 1, 9. Aufl. 1960, 175; *Haft*, Jus 1980, S. 435 f.; *Bemmann*, MDR 1958, S. 818; *Backmann*, JuS 1971, S. 117 ff., *Alwart*, JuS 1979, S. 355; *Herzberg*, ZStW 85, S. 877 ff.

4 Vgl. *Beling*, Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 324 f.; *ders.*, Unschuld, 1919, S. 49; *ders.* Grundzüge, 1930, S. 47; *Max Ernst Mayer* LB 2. Aufl. 1923, S. 330 f.; *Frank*, StGB, 18. Aufl. zu § 59, Anm. 111 2 c; *Kohler*, Studien 1, 1890, S. 142 f.; *ders.*, Leitfaden 1912, S. 64; *Finger*, LB 1, 1904, S. 254; *ders.*, FS Binding 1, 1911, S. 268; *Sauer*, Grundlagen, 1921, S. 592; *Köstlin*, Neue Revision, 1845, S. 286 ff.; *Coenders*, Strafrechliche Grundbegriffe, 1909, S. 118 L; aus neuerer Zeit nur *Welzel*, LB, S. 73; *Loewenheim*, JuS 1966, S. 312 ff. und *Noll*, ZStW 77, S. 5.

5 *Herzberg* meint, die Mindermeinung einer »Begriffsvertauschung« überführt zu haben, indem er ihr folgenden Fehlschluss unterstellt: X wollte den A töten, A ist ein Mensch, X wollte also einen Menschen töten, B (den X getroffen hat) ist ein Mensch. also wollte X den B töten, vgl. ZStW 85, S. 878; ähnlich *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 93 und *Bemmann*, MDR 1958, S. 817. *Binding* meint sogar, die Gegenmeinung müsse den Erfolgseintritt an dem vom Täter vorgesehenen Objekt fingieren, vgl. Normen III, S. 224.

6 Der Ausdruck stammt wohl von *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 20 und ist eine wörtliche, aber trotzdem missverständliche Eindeutschung des von den Anhängern dieser Lehre gelegentlich gebrauchten Wortes Äquivalenz, das nicht nur Gleichwertigkeit, sondern auch Gleichheit oder sogar Identität bedeuten kann.

Objekts der Gattung,⁷ um dann unter diesen die Verletzung des tatsächlich getroffenen Objekts zu subsumieren.

Aber die Bezeichnung »Gleichwertigkeitstheorie« ist irreführend und der Vorwurf der Fiktion nur dann berechtigt, wenn man die Prämisse der h. L., der sog. Konkretisierungstheorie, bereits akzeptiert hat, die die Mindermeinung gerade bestreitet. Diese Prämisse lautet: Einem Täter kann die Verletzung eines Objekts nur dann als vorsätzlich verursacht zugerechnet werden, wenn das verletzte Objekt mit dem identisch ist, das er verletzen wollte. Nur unter dieser Prämisse ist die Frage nach dem Vorsatz so zu formulieren: Wollte der Täter dieses Objekt verletzen? Nur dann läuft die Annahme von Vorsatz bei der *aberratio ictus* auf eine Vorsatzfiktion hinaus, denn offenbar wollte der Täter im Falle einer *aberratio ictus* das getroffene Objekt nicht verletzen. Aber die Mindermeinung bestreitet gerade jene Prämisse und hält diese Fragestellung nicht für eine korrekte Formulierung der Vorsatzfrage. Diese soll vielmehr lauten: Wollte der Täter ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzen? War dies der Fall und hat der Täter tatsächlich ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzt, so besteht die für die Zurechnung zum Vorsatz erforderliche Übereinstimmung zwischen Vorsatzinhalt und Erfolg. Nach der Identität zwischen anvisiertem und getroffenem Objekt wird genauso wenig gefragt wie nach der Richtigkeit sonstiger außer-tatbestandlicher Vorstellungen und Erwartungen des Täters, etwa über Eigenschaften des getroffenen Objekts. Die Mindermeinung hat es also weder nötig, einen Vorsatz zur Verletzung des getroffenen Objekts zu fingieren noch in einem nachträglichen Akt der »Gleichstellung« einen »konkreten Erfolg« mit einem anderen »konkreten Vorsatz« in Beziehung zu setzen. Sie betrachtet die Abweichung der Vorstellung von der Wirklichkeit vielmehr als einen nicht den Vorsatz betreffenden Irrtum und kann ihn dann als bloßen Motivirrtum nach den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen für unbeachtlich erklären.

Die »Beweislast« trifft also nicht die sog. Gleichwertigkeitstheorie, die sich dafür rechtfertigen müsste, dass sie die verwirklichte Verletzung eines Objekts mit der gewollten Verletzung eines anderen gleichstellt. Die h. L. müsste vielmehr erst noch dartun, warum sie gerade bei der *aberratio ictus* von der allgemeinen Regel abweicht, dass Vorsatz Wissen und Wollen der Verwirklichung des Tatbestandes ist und sonst nichts⁸ und daher ein Irrtum den Vorsatz nur dann ausschließt, wenn er ein Tatbestandsmerkmal betrifft.

7 Vgl. *Wessels*, AT, S. 51; *Baumann*, AT, S. 427; *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 33; *Bemmann*, MDR 1958, 817 f.; *Backmann*, JuS 1971, 117 f.

8 Dies ist der h.L. von ihren Gegnern seit je entgegengehalten worden, vgl. *Finger*, FS Binding, S. 271; *Köstlin*, Neue Revision, S. 286 f.; *Coenders*, Grundbegriffe, S. 119; *Beling*, Verbrechen, S. 325; *ders.*, Grundzüge, S. 47; *ders.*, Unschuld, S. 49; *Kohler*, Studien I, S. 142 f.; *Sauer*, Grundlagen, S. 591; zuletzt *Loewenheim*, JuS 1966, S. 314.

Dabei macht es bereits Schwierigkeiten, die Bedingungen eindeutig zu beschreiben, unter denen diese Ausnahme gemacht werden soll, d. h. die Fälle der aberratio ictus von anderen, insbesondere denen des error in objecto, abzugrenzen und die zusätzlichen inhaltlichen Anforderungen an den Vorsatz für diese Fälle so zu formulieren, dass sie nicht mit anderen allgemein anerkannten Regeln, insbesondere denen für den error in objecto und denen über den Irrtum im Kausalverlauf, unvereinbar sind.

Die Mehrdeutigkeit der Unterscheidung zwischen aberratio ictus und error in objecto

Dass wir es bei der aberratio ictus mit einer besonderen Art von Irrtum zu tun haben, leuchtet zunächst ein, wenn man ihren Standardfall mit dem Standardfall des error in objecto oder einem sonstigen Eigenschaftsirrtrum vergleicht. Es wird spontan ein Unterschied empfunden zwischen dem Fall, dass der Täter zwei Personen vor sich hat, auf die eine zielt und die andere trifft (aberratio ictus), und dem Fall, dass er nur eine Person vor sich hat, auf die er zielt und die er auch trifft, die er aber mit seinem Gläubiger X verwechselt hatte (error in objecto) oder von der er irrtümlich annahm, dass er ihr noch eine große Summe schulde (sonstiger Eigenschaftsirrtrum).

Die Berufung auf dieses spontane Urteil des Rechtsgefühls ist denn auch das Hauptargument der Anhänger der Lehre von der aberratio ictus, mit dem sie alle Kritik an dieser Lehre für erledigt erklärt.⁹ Mir scheint sogar, dass es ihr einziges Argument ist. Andere Argumente, die sie zu ihrer Begründung vorbringt, erweisen sich bei näherem Zusehen als eine bloße Wiederholung ihres Inhalts, also als petitio principii. Das geschieht etwa, wenn von vornherein zwischen Zielobjekt und Zweitobjekt unterschieden wird.¹⁰ Oder zwischen der vom Täter gesehenen Gefahr, das Zielobjekt zu treffen, und einer anderen Gefahr, ein anderes Objekt zu treffen, das sich zufällig »im Streubereich« des Schusses aufhält.¹¹ Eine petitio principii ist auch die Behauptung, dass bei einer aberratio ictus eine Abweichung im Kausalverlauf vorliege, und zwar eine wesentliche, beim error in objecto aber keine.¹² Ein anderer Argumentationsfehler besteht darin, zur Bestätigung des Ergebnisses der Lehre von der aberratio ictus, also der Strafbarkeit der Verletzung des getroffenen Objekts allenfalls wegen Fahrlässigkeit, Fälle heranzuziehen, in denen

9 Herzberg JA 1981, 365 (373 f.); Schreiber JuS 1985, 873 (875); Schlehofer 1996, 17.

10 Hruschka JZ 1991, 488 (492); Hettinger GA 1990, 531 (546 ff.).

11 So Jakobs AT 8/80.

12 Maurach/Zipf, AT 1, S. 318; Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Aufl.), § 21 Rn 11 ff.; Blei, AT, S. 121 f., wohl auch Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben (26. Aufl.), zu § 15, Rn. 57; Tröndle/Fischer, zu § 16, Rn. 6; Lackner/Kühl (25. Aufl.), zu § 15, Rn 12, siehe dazu u. S. 371 ff.

sich die beiden Objekte, außer dadurch, dass das eine angezielt und das andere getroffen worden ist, noch in einer anderen, für die strafrechtliche Beurteilung wesentlichen Hinsicht, unterscheiden, um dann zu behaupten, dass zur Lösung dieses Problems allein die Lehre von der *aberratio ictus* tauglich sei.¹³ Die Anhänger der Lehre von der *aberratio ictus* halten es auch nicht für nötig, den Gründen für ihr Evidenzerlebnis weiter nachzugehen, weil sie sich eben auf ihr Rechtsgefühl als erste und letzte Instanz verlassen. Intuitive Evidenzerlebnisse sind für das Recht unentbehrlich, aber sie gehören an den Anfang einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung, nicht an ihr Ende. Bleibt man bei solchen Evidenzerlebnissen stehen, so besteht die Gefahr, einer Fehlintonation zu erliegen. Es besteht außerdem die Gefahr, dass man, orientiert allein an jenem Einzelfall in dem sich das Evidenzerlebnis eingestellt hat, die Gründe für die Evidenz nicht auf den richtigen Begriff bringt. Es besteht der Verdacht, dass dies der Lehre von der *aberratio ictus* auch nicht gelungen ist, denn der von ihr aufgestellte Unterschied zwischen *aberratio ictus* und *error in objecto* verflüchtigt sich, sobald sich Täter und Opfer nicht mehr Angesicht zu Angesicht gegenüberstehen.

Wenn der Angestellte, der seinem Chef am Telefon einmal gehörig seine Meinung sagen will, sich verwählt oder wegen eines technischen Fehlers mit einem anderen verbunden wird, wird zwar überwiegend nur ein *error in objecto* angenommen, weil der Täter doch denjenigen beschimpfen wollte, der sich am anderen Ende der Leitung befand,¹⁴ aber könnte man nicht mit demselben Recht von einer *aberratio ictus* sprechen, weil die »Sendung« des Täters einen nicht von ihm gewollten Weg einschlägt, ebenso wie der fehlgegangene Wurf?¹⁵ Hätte der Täter sich für seine Beleidigungen des Postboten bedient und dieser den Brief versehentlich in den falschen Türschlitz geworfen, würde dann die h. L. auch noch von einem bloßen *error in objecto* sprechen, weil der Täter doch auch den beleidigen wollte, der seinen Brief erhalten wird (in der Erwartung, dass dies kein anderer als sein Chef sein werde), oder würde sie wegen Versagens des Postboten als Werkzeug eine *aberratio ictus* annehmen?

13 Am beliebtesten ist der Fall RGSt 58, 27. Der Angegriffene wehrte sich mit einem auf den Angreifer gezielten Stockschlag, der dessen Frau traf, die ihren Mann zurückhalten wollte, vgl. *Jakobs* AT 8/80 f. Eine Fülle ebenso konstruierter Beispiele zum Beleg der Richtigkeit und Unverzichtbarkeit der Lehre von der *aberratio ictus* bietet *Hruschka* JZ 1991, 488 ff.

Wie würden diese Autoren die Fälle lösen, wenn die Abweichung der Verletzungsobjekte auf einer *aberratio ictus* auf einen *error in objecto* beruht?

14 Vgl. z. B. *Dreher/Tröndle*, zu § 185, Rn. 23; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 13; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 42; *Backmann*, JuS 1971, S. 119; *KG*, bei *Klee*, GA Bd. 69, S. 117.

15 Vgl. *Bar*, Gesetz u. Schuld II, 1907, S. 367, Fn. 149.

Der Täter stellt irgendeine Art von Falle, und »der Falsche« geht hinein. Ein vielgenanntes Beispiel dafür ist der Enzianfall. Die Täterin schickte ihrem Mann eine Flasche vergifteten Enzianschnaps in die Kaserne mit der Anweisung »schön alleine trinken«. Der Mann gibt einem an Magenbeschwerden leidenden Kameraden davon, der an dem Gift stirbt.¹⁶ Liegt eine *aberratio ictus* vor, weil »der Falsche« aufgrund einer Abweichung des Geschehenen vom geplanten Kausalverlauf getroffen wurde, die zu einem Zeitpunkt eintrat, als die Täterin die Tat bereits aus der Hand gegeben hatte wie der Werfer das Geschoss,¹⁷ oder ist dies nur ein *error in objecto*, weil sie doch auch denjenigen töten wollte, der in die Falle gehen würde, in dem Glauben, dass dies eben nur ihr Mann sein könne?¹⁸

Hierher gehört schließlich auch der viel diskutierte Fall Rose/Rosahl. Stellt sich der *error in objecto* des Täters oder des Tatmittlers für den Anstifter oder den mittelbaren Täter als *aberratio ictus* dar, weil sein »Werkzeug« versagt hat,¹⁹ oder ist er wie der Vordermann nach den Regeln des *error in objecto* zu behandeln?²⁰ Das Letztere kann jedenfalls nicht mit Akzessorie-

16 *Blei* will die Täterin in diesem Fall für den Erfolg haften lassen, obwohl er ihn unter die auch nach seiner Ansicht grundsätzlich beachtliche *aberratio ictus* subsumiert, weil der Erfolg im Falle einer Abirrung notwendig an einem anderen Opfer eintreten müsse und nicht wie bei anderen Abirrungsfällen (Fehlgehen eines Schusses oder Wurfes) auch ganz ausbleiben könne. Deshalb sei auch der durch *aberratio ictus* entstandene Erfolg für den Täter hier kein zufälliger, vgl. AT, S. 115 f. Man kann aber wohl für jeden Fall, in dem nach den dem Täter bekannten Tatsachen eine *aberratio ictus* nicht ausgeschlossen ist, auch eine Kausalabweichung angeben, die nach dem Tatplan möglich ist und zu keinem Erfolg führt, nur wird man sie dann nicht immer *aberratio ictus* nennen. So hätte z. B. der Kamerad auch eine nicht tödliche Menge des Enzians trinken oder die Flasche fallenlassen können. Der von *Blei* gemachte Unterschied entsteht nur dadurch, dass er solch eine Abweichung in gewissen Fällen, nämlich wenn sie im Fehlgehen eines Wurfes oder Schusses besteht, auch als *aberratio ictus* bezeichnet, wenn kein tatbestandsgleicher Erfolg eintritt.

17 So *Jescheck*, AT, S. 251; *Blei*, AT, S. 115.

18 So im Ergebnis *Backmann*, JuS 1971, S. 119.

19 So vor allem *Bemmann* MDR 1958, S. 822, ihm folgen u. a. *Stratenwerth*, AT, Rn. 284; *Schmidhäuser*, AT, 14/123; *Jescheck*, AT, S. 561 f.; *Baumann*, AT, S. 427 (für die mittelbare Täterschaft) und S. 429 (weniger eindeutig für die Anstiftung); *Lackner*, zu § 25, Anm. 16 a und zu § 26, Anm. 4; *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 30; *Blei*, AT, S. 255; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 14; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 65; *Alwart*, JuS 1979, S. 355.

20 So etwa *Schönke/Schröder-Cramer*, Vor § 25 Rn. 47 und zu § 26 Rn. 18; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 346; *Dreher/Tröndle*, zu § 26, Rn. 15; *Backmann* JuS 1971, S. 19 f.; *Ibach*, Anstiftung, S. 80 f.

tätsregeln begründet werden.²¹ Für die mittelbare Täterschaft gelten diese nicht, und auch der Vorsatz des Teilnehmers unterliegt ihnen nicht, sondern ist für ihre Anwendung auf die objektiven Tatbestandsmerkmale die Voraussetzung. Ist also für den Vorsatz eine Vorstellung von der Individualität des getroffenen Objekts erforderlich, so muss der Teilnehmer sie selbst gehabt haben, es kann ihm nicht die des Täters zugerechnet werden.

Ibach begründet die Annahme eines bloßen error in objecto des Anstifters damit, dass dieser immerhin die Verletzung des Objekts gewollt habe, das der Täter als das »richtige« erkennen würde, und dass diese Objektsindividualisierung auch dann mit der Wirklichkeit übereinstimme, wenn dem Täter wider Erwarten eine Objektsverwechslung unterlaufen sei.²² *Bemann* hält dies aus tatsächlichen Gründen für unrichtig, denn eine solche Objektsindividualisierung könne der Anstifter nur dann vorgenommen haben, wenn er sich die Möglichkeit bewusst gemacht habe, dass der Täter eben einen anderen für »den Richtigen« halten könnte.²³ Der Einwand ist nicht schlüssig, denn verschiedene Individualisierungen (Individuenbeschreibungen) müssen sich nicht notwendig auf verschiedene Individuen beziehen. Gerade dann, wenn sich der Anstifter sicher ist, dass der Täter das »richtige Objekt« erkennen wird, will er, dass er das als das richtige erkannte Objekt auch trifft.²⁴

Aber auch die h. L., dass der error in objecto des Täters für den Anstifter eine aberratio ictus sei, lässt sich nicht ohne weiteres falsifizieren. Die Fehlerquelle liegt nicht wie beim Standardfall des error in objecto schon im Prozess der Entschlussfassung des Täters (hier Anstifters), sondern im Versagen der von ihm eingesetzten Tatmittel.

Unser Streifzug durch die Fallkonstellationen sollte zeigen, dass die Divergenz zwischen error in objecto und aberratio ictus nicht so eindeutig und die gegensätzliche Behandlung beider Abweichungen durch die h. L. nicht immer so plausibel ist, wie es bei Betrachtung allein der Standardfälle scheint. Der Begriff der aberratio ictus ist, wie schon sein Name sagt, zugeschnitten auf einzelne gewissermaßen archaische Begehungsformen einzelner Deliktsarten, insbesondere der Tötung: das Werfen oder Schießen nach einem Opfer, das der Täter vor sich sieht. Bei anderen Begehungsformen und auch bei anderen Tatbeständen verschwimmen seine Konturen, seine Existenzberechtigung als besondere Gestalt eines Irrtums mit spezifischen Rechtsfolgen wird zweifelhaft.

21 So aber Schönke/Schröder-Cramer, zu § 26, Rn. 18 und Dreher/Tröndle, zu § 16, Rn. 6.

22 Vgl. Anstiftung, S. 81.

23 MDR 1958, S. 821.

24 Darauf weist *Ibach* ausdrücklich hin, vgl. S. 81.

Die Begriffsbestimmung der aberratio ictus

Die abstrakte Beschreibung dieser Irrtumsart, die in der Literatur üblich ist, lautet: Der Täter hat ein anderes Individuum verletzt, als er verletzen wollte.²⁵ Dass diese Beschreibung auf einen error in objecto nicht zutrifft, wird damit begründet, dass der Täter doch das Objekt treffen wollte, das er vor sich sah und auf das er zielte.²⁶ Aber jene Beschreibung ist nicht vollständig und diese Unterscheidung nicht eindeutig, denn aus einem Täterplan lassen sich in aller Regel, wenn nicht immer, mehrere Individualisierungen des Tatobjektes exzerpieren, d. h. mehrere Eigenschaften oder Eigenschaftszusammenstellungen, die nur ein Individuum aufweist. Will der Täter nur ein Individuum verletzen und befindet er sich über dessen Eigenschaften nicht im Irrtum, dann werden all diese Individuenbeschreibungen auf das gleiche Objekt zutreffen. Aber gerade beim error in objecto und der aberratio ictus werden durch die verschiedenen in der Tätervorstellung vorkommenden Individuenbeschreibungen verschiedene Objekte bestimmt. Dann ist der Satz »der Täter hat dasjenige Objekt verletzt, das er verletzen wollte« ebenso wie seine Verneinung unvollständig. Er kann nur richtig oder falsch sein in Bezug auf eine bestimmte der Individuenbeschreibungen. Beim error in objecto ist er in Bezug auf eine der Individualisierungen immer falsch und in Bezug auf eine andere richtig. Dabei ist die falsche in der Regel gerade eine, auf die es dem Täter selbst entscheidend ankommt, z. B. die Beschreibung als Gläubiger, Nebenbuhler, Beleidiger oder auch Ehefrau des Täters. Legt man diese Individualisierung zugrunde, so trifft auf den error in objecto der Satz zu: »der Täter hat nicht das Objekt verletzt, das er verletzen wollte«.²⁷ Das aber sollte doch gerade die aberratio ictus vor dem bloßen error in objecto auszeichnen. Diese Beschreibung der aberratio ictus ist also mindestens unvollständig.

Man könnte sie wie folgt ergänzen: bei der aberratio ictus trifft keine der im Täterplan enthaltenen Individuenbeschreibungen auf das tatsächlich getroffene Objekt zu, während beim error in objecto wenigstens eine richtig ist.

25 Vgl. *Binding*, Normen III, S. 223; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 70; *Stratenwerth*, AT, Rn. 281; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 347; *Jescheck*, AT, S. 251; *Baumann*, AT, S. 427; *Schönke/Schröder-Cramer*, zu § 15, Rn. 56; *Lackner*, zu § 15, Anm. 2 a; *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 33; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 9; *Alwart*, JuS 1979, S. 355; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 19; *Haft*, JuS 1980, S. 435.

26 *Binding*, Normen III, S. 193 ff.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 68; *Wesels*, AT, S. 50; *Stratenwerth*, AT, Rn. 283; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 346; *Jescheck*, AT, S. 251; *Baumann*, AT, S. 427; *Dreher/Tröndle* zu § 16, Rn. 6; *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 29; *Alwart*, JuS 1979, S. 355; *Bemmann*, MDR 1958, S. 819; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 35 f.

27 Darauf wurde schon von *Finger*, FS *Binding*, S. 270, und *Kohler*, Studien 1, S. 142 hingewiesen. Neuerdings gibt es *Backmann*, JuS 1971, S. 113 zu.

Aber auch diese Definition der *aberratio ictus* kann nicht richtig sein, denn es ist eine Individualisierung in jedem Täterplan, die immer mit dem eingetretenen Erfolg übereinstimmt: Der Täter will stets das Objekt verletzen, das in den Wirkungsbereich seines Tatmittels geraten wird, also z. B. den Menschen töten, den seine Kugel trifft, der das Gift trinken wird, das Fenster zerschlagen, auf das der geworfene Stein fällt,²⁸ denn er erwartet ja, dass das dasjenige Objekt sein wird, um dessen Verletzung es ihm geht. Diese Individualisierung durch den Kausalverlauf lässt sich wohl einigermaßen eindeutig von anderen Individualisierungen abgrenzen, eben dadurch, dass sie immer richtig ist, wenn überhaupt ein tatbestandsmäßiger Erfolg eintritt, man könnte sie also als Form der Vorsatzkonkretisierung ausschließen. Dann müsste man aber begründen, dass einerseits eine Übereinstimmung zwischen dem verletzten Individuum und einer der im Vorsatz enthaltenen Individuenbeschreibungen sowohl notwendig als auch ausreichend für die Erfolgszurechnung ist, aber gerade die Richtigkeit der Individualisierung durch den Kausalverlauf nicht genügt.

Aber auch wenn man die Individualisierung durch den tatsächlich vom Täter verursachten Erfolg ausgeschlossen hat, kann man sich noch nicht mit der Richtigkeit einer beliebigen anderen Individualisierung begnügen, wenn man gerade die Fälle der *aberratio ictus* und nur diese ausschließen will. Auch im Falle des Fehlgehens der Tat kann eine der im Vorsatz gegebenen Individuenbeschreibungen auf das getroffene Objekt zutreffen. Erreicht der beleidigende Brief »den Falschen«, weil der Täter zwar den »richtigen« Namen, aber versehentlich eine andere Hausnummer geschrieben hat, so ist durch die Anschrift der Betroffene individualisiert und durch den Namen ein anderer. Wenn der Attentäter die Bombe mit dem Zündmechanismus des Wagens des Politikers koppelt, den er in die Luft sprengen will, so hat er das Opfer als den individualisiert, der als nächster den Wagen benutzen will, auch wenn es statt des Politikers ein Autodieb ist, seine Vorstellung, den Eigentümer des Wagens umzubringen, war dagegen falsch. Sieht der Täter seinen Nebenbuhler N mit einem Freund F auf sich zukommen, zielt auf F, weil er ihn mit N verwechselt, und trifft doch den N, weil er nicht genau zielt oder der Gewehrlauf verbogen ist, so liegt zunächst eine *aberratio ictus* vor, mag man sich auch für diesen Sonderfall über deren Beachtlichkeit streiten.²⁹ Es kommt also für die Unterscheidung zwischen *aberratio ictus* und *error in*

²⁸ *Engisch* nimmt diese Form der Objektsindividualisierung immerhin für die Fälle in Anspruch, in denen der Täter keine andere vorgenommen hat, vgl. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, S. 71; ebenso *H. Mayer*, L.B. 1953, S. 248.

²⁹ *Binding* hält diese Abweichung wie jede andere *aberratio ictus* für vorsatzausschließend, vgl. *Normen III*, S. 223, anders wohl *Rudolphi*, *ZStW* 86, S. 96 und *Stratenwerth*, *AT*, Rn. 282.

objecto offenbar nicht auf die Richtigkeit einer beliebigen Individualisierung an, sondern auf die einer ganz bestimmten.

Betrachtet man den Standardfall der aberratio ictus, in dem der Täter ein Objekt unmittelbar anvisiert und ein anderes trifft, so könnte man meinen, diese maßgebliche Individualisierung erfolge durch einen Akt der Wahrnehmung des Täters oder es gehe um diejenige Individualisierung, anhand derer der Täter seine Ausführungshandlung steuert. Aber schon im Telefonfall trifft beides nicht zu. Der Anrufer kann den anderen Teilnehmer nicht sehen, und er braucht ihn auch nicht zu hören. Wenn er zu sprechen beginnt, erfolgt auch keine Steuerung der Nachrichtenübermittlung auf diesen Teilnehmer hin. Diese ist vielmehr durch das Wählen der Nummer beendet, und sie ist gerade fehlgegangen. Trotzdem hält der überwiegende Teil der h. L. dies nicht für einen Fall der aberratio ictus, weil der Täter, als er zu sprechen begann, den beleidigen wollte, der sich zu dieser Zeit am anderen Ende der Leitung befand.³⁰ Es ist also die Individualisierung durch den Ort des Objekts zur Tatzeit, der die h. L. entscheidende Bedeutung beimisst.

Wo die Individualisierung nach Zeit und Ort nicht mehr unmittelbar erfolgt, weil sich Täter und Opfer nicht mehr gegenüberstehen, wie bei der Vermittlung des Erfolges durch einen anderen Tatbeteiligten oder durch später wirkende Tatwerkzeuge (Gift, Bombe, Falle), da beginnt der Streit um die Einordnung als aberratio ictus oder error in objecto. Von eindeutigen Fällen des unbeachtlichen Irrtums über Eigenschaften des Tatobjekts spricht man dann, wenn die individualisierenden Eigenschaften auch nicht mittelbar mit dem Ort des Opfers zur Zeit der Tat oder des Erfolgeintritts zusammenhängen (Gläubiger, Feind, Nebenbuhler, Ehefrau u. ä.).

Aber was zeichnet diese Individuenbestimmung vor allen anderen dergestalt aus, dass ein Irrtum über sie die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz ausschließen soll, während eine Diskrepanz zwischen Vorsatz und Erfolg in Bezug auf jede andere Individualisierung nach den Regeln über den error in objecto unbeachtlich ist? Es sind die klassischen principia individuationis, die hier angewandt werden. Mit ihnen glaubt man offenbar, das Individuum unmittelbar und nicht bloß vermittelt durch irgendwelche Eigenschaften erfassen zu können.³¹ Die anderen Individuenbeschreibungen sind nichts als

30 Vgl. Fn 9.

31 Vgl. dazu *Engisch*, Idee der Konkretisierung, S. 13 f., mit weiteren Nachweisen, der diese Form der Individualisierung als Vereinzelung bezeichnet, weil er den Ausdruck Individualität gerade dem Einzigartigen vorbehalten will. Diese Unterscheidung zwischen dem Einzelnen und dem Einzigartigen lässt sich nur in einem vagen und subjektiven Sinn aufrechterhalten, weil jede Individuenbeschreibung das Individuum insofern als Einzigartiges darstellt, als sie eben nur auf ein Individuum zutrifft. Ein besonderes Prädikat der Einzigartigkeit wird man einem Individuum dann zuerkennen, wenn die Eigenschaften, durch die es beschrieben werden kann, als besonders interessant oder wichtig bewertet werden, was für die Eigen-

Sonderfälle von Eigenschaftsangaben, die gerade nur auf ein einziges Objekt zutreffen. Hindert ein Irrtum über außertatbestandliche Eigenschaften des Objekts die Annahme eines vollendeten Vorsatzdelikts prinzipiell nicht, so ist kein Grund ersichtlich, hiervon für den Fall eine Ausnahme zu machen, dass die irrtümlich angenommenen Eigenschaften nach der Vorstellung des Täters oder auch in Wirklichkeit auf ein anderes als das verletzte Individuum und nur auf diesen zutreffen. Bei der *aberratio ictus* scheint der Irrtum von anderer Art zu sein. Er betrifft die Identität des verletzten Objekts unmittelbar, nicht nur irgendwelche seiner Eigenschaften. Deshalb wird gerade bei der *aberratio ictus* und nicht beim *error in objecto* behauptet, der Täter habe ein anderes Objekt verletzt, als er verletzen wollte.³² Die Angabe von Ort und Zeit wird als die einzig korrekte Bezeichnung des Individuums selbst anerkannt. Deswegen entscheidet sich allein an ihr, ob der Täter »das Objekt verletzt hat, das er verletzen wollte«. Alle anderen Irrtümer über Eigenschaften des Objekts gelten auch dann nicht als dessen Individualität betreffend, wenn diese Eigenschaften eindeutig nur ein Objekt bestimmen. Verwechselt der Täter einen ihm gleichgültigen Passanten mit seinem Gläubiger oder Nebenbuhler und erschießt ihn, so hat er danach immer noch die richtige Vorstellung über das »konkrete Angriffsobjekt«, nur nicht über dessen Eigenschaft, nicht Gläubiger oder Nebenbuhler oder auch nicht der X zu sein.

Dieser Unterschied zwischen *error in objecto* und *aberratio ictus* ist aber nur ein scheinbarer. Auch der Ort eines Individuums zu einer bestimmten Zeit ist zunächst einmal eine Eigenschaft dieses Individuums. Gerade weil sie oft eine vergängliche und uninteressante, das Individuum also nicht maßgeblich charakterisierende ist, übersieht man dies und glaubt gewissermaßen eine neutrale und reine Bestimmung des Individuums zu haben. Aber Individuen sind uns nur durch ihre Eigenschaften gegeben, und wir können ein einzelnes Individuum nur dadurch bestimmen, dass wir Eigenschaften angeben, die es als einziges aufweist.³³ Die Individualisierung durch Ort und Zeit verdient also die Sonderstellung nicht, die ihr die h. L. zur *aberratio ictus* einräumt.

schaft, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zu sein, selten der Fall sein wird.

32 Vgl. Fußnote 20 und 21; bezeichnenderweise ist öfters im Zusammenhang der Unterscheidung zwischen *error in objecto* und *aberratio ictus* von dem »konkreten Objekt« die Rede, das der Täter vor sich sieht, auf das er zielt, das durch seinen Ort zur Tatzeit bestimmt ist, vgl. *Engisch*, Vorsatz u. Fahrlässigkeit, S. 68; *Backmann*, JuS 1971, S. 114; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 35; auch *Dreher/Tröndle*, zu § 16, Rn. 6, *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 9.

33 Vgl. etwa *Kutschera*, Sprachphilosophie, S. 137; *Dommet*, Nominalism, in *Philosophical Review* 1956, S. 494. Zur Problemgeschichte *Krings* u. a., *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Individuum, S. 729 f.

Die Lehre von der Beachtlichkeit der aberratio ictus und der sog. generelle Vorsatz

Nun verlangt aber auch die h. L. von der Beachtlichkeit der aberratio ictus nicht, dass das Tatobjekt nach Ort und Zeit individualisiert sein muss. Auch wenn das Objekt durch andere Eigenschaften oder (abgesehen von der Individualisierung durch den tatsächlichen Tatverlauf) überhaupt nicht bestimmt ist, kann der Tatplan hinreichend konkret sein, um als Vorsatz zu genügen.³⁴ Man spricht dann von einem generellen Vorsatz. Damit verstößt die h. L. gegen den schon zu Beginn erwähnten Grundsatz, dass die subjektive Erfolgszurechnung von der Übereinstimmung der Tätervorstellung mit der Wirklichkeit nur insoweit abhängig ist, als diese Vorstellung Bestandteil des Vorsatzes, d. h. notwendig für die Annahme von Vorsatz ist.³⁵ Welches diese Inhalte sind, die in der Vorstellung des Täters vorkommen müssen, um Vorsatz zu begründen, und die in der Wirklichkeit gegeben sein müssen, wenn diese dem Täter als Erfüllung seines Vorsatzes subjektiv zugerechnet werden soll, muss nach allgemeinen Regeln, d. h. unmittelbar durch die Tatbestände oder durch ergänzende Tatbestandsauslegung festgelegt sein, und zwar für alle Fälle gleich.³⁶ Das bedeutet, dass der Täter seinen Vorsatz nicht über diese allgemeinen Inhaltserfordernisse hinaus einschränken kann. Die Lehre von der Beachtlichkeit der aberratio ictus ermöglicht ihm eben dies, aber nur in Bezug auf ein einziges Element seiner Erfolgsvorstellung.

Die h. L. versucht, dem Einwand der ungerechtfertigten Privilegierung des auf ein nach Zeit und Ort bestimmtes Objekt zielenden Täters zu entgehen, indem sie den so »konkretisierten« Vorsatz und den sog. generellen als heterogene einander ausschließende Vorsatzarten versteht.³⁷ Aber ein Tatplan enthält den Vorsatz zur Verwirklichung eines Tatbestandes nur dann, wenn der Täter sich vorstellt, dass sein Objekt die von diesem geforderten Merkmale aufweist. Auch der auf ein irgendwie individualisiertes Objekt beschränkte Tatplan enthält also notwendig den Vorsatz, ein Objekt der tatbestandsmäßi-

34 Vgl. z. B. *Wessels*, AT, S. 51; *Stratenwerth*, AT, Rn. 282; *Baumann*, AT, S. 426; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 4 und 9. Implizit wird das auch von allen anerkannt, die der Gegenmeinung die Fiktion eines generellen Vorsatzes unterstellen, vgl. Fn 7. Anders nur *Jescheck*, AT, S. 251 und wohl *Schmidhäuser*, wenn er die Frage für maßgeblich erklärt, »von welchem Rechtsgutobjekt der Wertanruf ausgegangen ist«, vgl. AT, 10/45.

35 Vgl. *Loewenheim*, JuS 1966, S. 313 f.; *Beling*, Unschuld, S. 49.

36 Vgl. *Finger*, FS Binding, S. 268; *Coenders*, Grundbegriffe, S. 118 f.; *Beling*, Lehre vom Verbrechen, S. 325; *Sauer*, Grundlagen, S. 591, die die gesetzliche Bestimmung dieser Regeln betonen. Von dieser zu unterscheiden und vielleicht als Gerechtigkeitserfordernis noch dringlicher ist die Gleichheit dieser Regeln für alle Fälle, unabhängig insbesondere davon, ob und wie der Täter selbst seinen Vorsatz »konkretisiert« hat.

37 Vgl. Fn 7.

gen Gattung zu verletzen, wenn sich der Täter nicht in einem Tatbestandsirrtum befindet. Gehört das getroffene Objekt tatsächlich dieser Gattung an, so ist seine Verletzung eine Erfüllung dieses (generellen) Tatvorsatzes. Zwischen dem auf ein bestimmtes Objekt gerichteten Tatvorsatz und dem sog. generellen oder Gattungsvorsatz besteht also das logische Verhältnis der Implikation.³⁸ Diese logische Wahrheit kann nicht durch Tatsachenbehauptungen, insbesondere nicht durch psychologische Argumente, widerlegt werden, wie dies *Hillenkamp* versucht.³⁹

Hillenkamp meint, der generelle Vorsatz unterscheide sich vom speziellen dadurch, dass bei jenem die Gattungszugehörigkeit der unbestimmten Tatobjekte im aktuellen Bewusstsein des Täters ausdrücklich vorhanden sei, während sie sich bei diesem nur sachgedanklich im Mitbewusstsein finde.⁴⁰ Zunächst kann auch der Täter, der seine Ziele durch gegen unbestimmte Objekte gerichtete Handlungen verfolgt, die Erkenntnis ihrer tatbestandsmäßigen Eigenschaften ebenso ins Randbewusstsein verdrängen wie derjenige, dem es auf die Verletzung eines irgendwie bestimmten Objekts ankommt. Umgekehrt kann sich auch der Letztere durchaus ausdrücklich mit der tatbestandsmäßigen Qualität des Opfers auseinandersetzen, worauf *Hillenkamp* selbst hinweist.⁴¹

Aber selbst wenn ein solcher psychologischer Unterschied zwischen speziellem und generellem Vorsatz tatsächlich immer bestünde, könnte dieser nicht begründen, dass die Einschränkung des Täterplans auf ein (wie auch immer) bestimmtes Objekt beachtlich ist, obwohl der generelle Vorsatz genügt. Um darzutun, dass der Vorsatz bei der *aberratio ictus* nicht auch das versehentlich getroffene Objekt deckt, müsste *Hillenkamp* behaupten, dass die Gattungsvorstellung im Mitbewusstsein als Vorsatz nicht genügt. Damit wäre aber zu viel bewiesen, denn dann fehlte dem Täter der tatbestandsmäßige Vorsatz überhaupt. Er befände sich mangels des erforderlichen Bewusstseins von den tatbestandlichen Merkmalen auch des von ihm angezielten Objekts in einem Tatbestandsirrtum, selbst wenn er das »richtige« Objekt träfe.

Wie sich die Vertreter der h. L. sonst das logische Verhältnis zwischen dem unabdingbaren Wissen des Täters um die Zugehörigkeit des Tatobjekts zur tatbestandsmäßigen Gattung und dem »konkretisierten« Vorsatz denken, wird nicht weiter erklärt. Offenbar behandeln sie den generellen Vorsatz aber

38 Dies ist der h. L. stets entgegengehalten worden, vgl. z. B. *Kohler*, Leitfaden, S. 63 f.; *Köstlin*, Neue Revision, S. 290; *Loewenheim*, JuS 1966, S. 312.

39 Er schreibt dazu »Dieser Satz scheint zwar in sich logisch, enthält aber einen Trugschluß, (!) weil er die psychologische Qualität der aus dem konkretisierten Willen herausgeschälten Gattungsvorstellung verkennt«, vgl. Vorsatzkonkretisierung, S. 94.

40 Vorsatzkonkretisierung, S. 97.

41 Vorsatzkonkretisierung, S. 95.

so, als seien in ihm alle möglichen Tatobjekte ebenso individualisiert, wie im speziellen ein einziges. Nur so brauchen sie nicht mit dem Grundsatz in Konflikt zu geraten, dass die Mindestanforderungen an die Übereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit für alle Fälle gleich sind und inhaltlich identisch mit den Mindestanforderungen an den Vorsatz selbst. Sie können dann davon ausgehen, dass das Objekt im Vorsatz immer individuell bestimmt und mit dem getroffenen identisch sein muss. Dies gilt beim generellen Vorsatz eben für alle in den Wirkungsbereich der Tatmittel geratenen Objekte.

Nun findet sich aber bei generellem Vorsatz in der Vorstellung des Täters keine Individuenbestimmung der einzelnen möglichen Objekte und erst recht keine durch Ort und Zeit oder Wahrnehmung, oft macht der Täter sich nicht einmal Gedanken über ihre genaue Zahl, so der Terrorist, der an belebtem Platz eine Bombe versteckt. Dass damit trotzdem die individuellen Opfer feststehen, wenn man einen determinierten Kausalverlauf unterstellt, ändert daran nichts, weil der Täter selbst diese noch nicht kennt. Er kann von keinem Menschen sagen, dass er sein Opfer werden wird oder nach seiner Vorstellung werden soll. Der insofern unbestimmte Vorsatz reicht aber aus, weil sich auch im Gesetz keine Individualisierung der geschützten Objekte findet.⁴²

Engisch hat versucht, die im einzelnen Tatbestand fehlende Individuenbestimmung durch eine allgemeine Regel zu ersetzen, die er in § 16 StGB (damals § 59) verankert. Danach muss sich bei der aberratio ictus die Kenntnis des vorsätzlich handelnden Täters nicht auf die Tatbestandsmerkmale beziehen, sondern auf die »Lebenskonkreta«, die diese Merkmale erfüllen.⁴³ Bei der aberratio ictus bezieht sich der Vorsatz auf einen anderen konkreten Erfolg als den, der eingetreten ist. Der generelle Vorsatz bezieht sich auf alle möglichen konkreten Erfolge und kann deswegen durch verschiedene Lebenskonkreta erfüllt werden. Wie nun ein einzelnes Lebenskonkretum zu bestimmen ist, kann man nur teilweise aus den Ergebnissen schließen. Offenbar gehören die Objektseigenschaften, die ein error in objecto betreffen könnte, nicht zu seinen Bestimmungsstücken,⁴⁴ wohl aber die Individualisierung des Tatobjekts nach den principia individuationis Ort und Zeit oder durch

42 Vgl. schon *Köstlin*, Neu Revision, S. 286: »Das Verbrechen der Tötung besteht nicht darin, dass ich den A oder B umbringen will, sondern darin, dass ich überhaupt einen Menschen töten will.« Ähnlich führt *Beling*, Grundzüge, S. 47 aus, »daß der gesetzliche Tatbestand nur die ›Tötung eines anderen Menschen‹ fordert und es folgeweise nach § 59 genügt, wenn der Täter einen (gleichviel welchen) Menschen zu töten gedachte.

43 Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 68 ff.

44 Denn *Engisch* begründet die Unbeachtlichkeit des error in objecto eben damit, dass der Täter »diejenigen Lebensconcreta, die dem gesetzlichen Tatbestand kongruent sind«, richtig erkannt hat, vgl. S. 68.

unmittelbare Wahrnehmung im Ausführungsmoment.⁴⁵ Wieder macht sich also die Vorstellung geltend, man habe damit das reine Individuum ohne austauschbare oder veränderliche Akzidentien begriffen, das »konkrete Objekt«.⁴⁶ Jeder Erfolg ist nun allerdings insofern ein konkreter, als er an einzelnen Individuen (Objekten, Gegenständen im weitesten Sinne) eintritt, so dass man dann von jedem irgendwie bestimmten Individuum sagen kann, ob es vom Erfolg betroffen ist oder nicht. Wie aber die Individuen bestimmt werden, um den konkreten Erfolg zu beschreiben, ob durch Ort und Zeit, Eigenschaften, Beziehungen, Kennzeichen oder Namen, ist in das Belieben des Beschreibenden gestellt. Das Leben liefert uns keine »Konkreta«, keine fertigen Tatsachen, die Wirklichkeit entscheidet nur darüber, ob unsere Behauptungen wahr sind oder falsch. Abgesehen davon bleibt das Problem des sog. generellen Vorsatzes, das Engisch dadurch zu lösen sucht, dass er hier, aber nur hier, den tatsächlichen Kausalverlauf zur Objektsindividualisierung heranzieht, um auch hier zu einer Vorstellung des Täters vom konkreten Tatobjekt zu gelangen.⁴⁷ Diese Konkretisierung deckt sich aber immer mit dem eingetretenen Erfolg, auch bei der *aberratio ictus*.

Es bleibt zu prüfen, ob das Argument mit dem generellen Vorsatz nicht dadurch zu entkräften wäre, dass ein solcher Täter es verdient, einer strengeren Erfolgshaftung unterzogen zu werden als der, der seinen Angriff auf ein vereinzelt Objekt beschränkt. Sein Angriff richtet sich gegen jedermann und alle, und es gibt keine besondere Beziehung zum Tatopfer, die ein entlastendes Motiv liefern könnte. Man könnte also erwägen, hier auf eine richtige Individualisierung des Tatobjekts zu verzichten, auch wenn diese sonst Voraussetzung von Vorsatz und subjektiver Erfolgszurechnung sein soll.

Aber weder ist der sog. generelle Vorsatz ein untrügliches Indiz für einen gegen jedermann gerichteten bösen Willen und ein Handeln aus Menschenverachtung oder unverständlichen Motiven, noch müssen umgekehrt diese Belastungsmomente bei einer Beschränkung des Angriffswillens auf ein nach Ort und Zeit individualisiertes Objekt fehlen. Das Letztere zeigt etwa das Beispiel des Straßenräubers, der auf ihm unbekannte Passanten wahllos schießt. Er hat sein Objekt jeweils durch das Zielen individualisiert, und wenn man nun diese Individualisierung nicht anerkennen will, weil es dem Täter selbst nicht auf sie ankommt,⁴⁸ gerät man erneut mit dem Grundsatz in Konflikt, dass die Wünsche des Täters nicht über die Erfolgszurechnung entscheiden können. Dass nicht jeder generelle Vorsatz einen gegen jedermann gerichteten bösen Willen oder ein Handeln aus Menschenverachtung

45 Vgl. Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 70 f.

46 Vgl. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 68.

47 Vgl. S. 71, ebenso H. Mayer, LB 1953, S. 248.

48 So *Stratenwerth*, AT, Rn. 282; *Rudolphi*, ZStW 86, S. 96; *Dreher/Tröndle*, zu § 16, Rn. 6; dagegen *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn.10; *Binding*, Normen III, S. 223.

bedeutet, zeigen die Fälle des error in objecto, die die h. L. ja als solche des generellen Vorsatzes behandelt, wenn nicht die Individualisierung des Opfers durch Zeit und Ort hinzukommt.

Die aberratio ictus als Abweichung des Kausalverlaufs

Die Lehre vom Irrtum im Kausalverlauf ist eine allgemein anerkannte Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Inhalt des Vorsatzes durch den Tatbestand allein bestimmt ist. Sie eröffnet also die Möglichkeit, dass Vorsatz und Erfolg den gleichen Tatbestand erfüllen und doch kein vollendetes Vorsatzdelikt vorliegt, sondern nur ein Versuch und gegebenenfalls ein Fahrlässigkeitsdelikt. Dies ist genau das Ergebnis, das die h. L. für die aberratio ictus befürwortet, und in der Tat liegt bei jeder aberratio ictus auch eine Abweichung des Kausalverlaufs von dem geplanten vor.

Aber die Beurteilung der aberratio ictus als Irrtum im Kausalverlauf ist in der heutigen Lehre kontrovers. *Welzel* kommt bei der Anwendung der allgemeinen Regeln über die Kausalabweichung auf die aberratio ictus zu dem Ergebnis, dass diese, weil vorhersehbar, in aller Regel eine unwesentliche im Sinne dieser Regeln ist.⁴⁹ Deshalb wirft ihm *Stratenwerth* vor, er reduziere die aberratio ictus zu Unrecht auf einen Kausalitätsirrtum.⁵⁰ Andere sehen aber gerade darin, dass die aberratio ictus ein Kausalitätsirrtum ist, ihren entscheidenden Unterschied zum error in objecto.⁵¹ Aber auch unter diesen werden gegensätzliche Standpunkte vertreten. Teils erklärt man die aberratio ictus kurzerhand für einen wesentlichen Kausalitätsirrtum i. S. der allgemeinen Regeln zur Kausalabweichung,⁵² teils hält man gerade eine Änderung dieser Regeln für notwendig, um die aberratio ictus berücksichtigen zu können.⁵³

Legt man das einzige für die Unterscheidung von wesentlichem und unwesentlichem Kausalitätsirrtum als allgemeingültig angebotene Kriterium zugrunde, die Voraussehbarkeit der Abweichung, so kommt man mit *Welzel* zu dem Ergebnis, dass die aberratio ictus in aller Regel ein unwesentlicher Irrtum ist. Selbst wenn der Täter das getroffene Opfer gar nicht bemerkt hat, muss er doch meistens damit rechnen, dass außer dem von ihm angezielten

49 Vgl. LB, S. 73.

50 Vgl. AT, Rn. 282.

51 *Schmidhäuser*, AT, 10/45; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 347; *Baumann*, AT, S. 427; *Blei*, AT, S. 113 f.; *Schönke/Schröder-Cramer* zu § 15, Rn. 56; *Dreher/Tröndle*, zu § 16, Rn. 6; *Lackner*, zu § 15, Anm. 2a; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn. 9; *Herzberg*, ZStW 85, S. 872; *Backmann*, JuS 1971, 116.

52 So *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 347; *Baumann*, AT, S. 427; *Blei*, AT, S. 113 f., wohl auch *Schönke/Schröder-Cramer*, zu § 15, Rn. 56; *Dreher/Tröndle*, zu § 16, Rn. 6; *Lackner*, zu § 15, Anm. 2a.

53 Vgl. *Herzberg*, ZStW 85, S. 881 f.; *Backmann*, JuS 1971, 117.

auch ein anderes gleichartiges Opfer in den Wirkungsbereich seines Angriffsmittels geraten kann.

Diejenigen, die die *aberratio ictus* unabhängig von ihrer Vorhersehbarkeit für einen wesentlichen Kausalitätsirrtum erklären, bleiben eine weitere Begründung dafür schuldig. Sie erkennen offensichtlich außer der Unvorhersehbarkeit noch andere Kriterien der Wesentlichkeit einer Kausalabweichung an. Sie müssten dann diese Kriterien aber näher bestimmen, und zwar so allgemein, dass jeder Tatplan an ihnen gemessen werden könnte. Das wäre nicht nur erforderlich, um wesentliche von unwesentlichen Abweichungen zu unterscheiden, man müsste vielmehr konsequenterweise einen hinreichend bestimmten Tatvorsatz überhaupt ablehnen, wenn sich der Täter den Kausalverlauf nicht in den nach diesen Kriterien wesentlichen Zügen klargemacht hat. Sonst würde wiederum gegen den Grundsatz verstoßen, dass die Zurechnung eines Erfolges zum Vorsatz nicht von der Richtigkeit von Tätervorstellungen abhängig gemacht werden darf, die für den Vorsatz überflüssig sind. Es heißt zwar allenthalben, zum Vorsatz gehöre auch, dass der Täter sich den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen vorgestellt habe,⁵⁴ aber mir ist kein Lehrbeispiel und erst recht kein praktischer Fall bekannt geworden, in dem man den Vorsatz aus Mangel an dieser Vorstellung abgelehnt hätte. Das nährt den Verdacht, dass wir es beim sog. Irrtum im Kausalverlauf gar nicht mit einem Vorsatzbestandteil zu tun haben.

All dies ist auch gegen *Backmann* und *Herzberg* einzuwenden, die die Fälle der *aberratio ictus* zum Anlass nehmen, die Vorhersehbarkeit als Wesentlichkeitskriterium überhaupt abzulehnen. Auch sie fordern, dass der Täter den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen in sein Wissen, aber auch in seinen Willen aufgenommen haben muss,⁵⁵ ohne diese wesentlichen Züge allgemein zu beschreiben und Kriterien dafür anzugeben, wann bei einer Abweichung noch »derselbe Kausalverlauf« vorliegt wie der, den der Täter wollte, und wann ein anderer.⁵⁶ Auch setzen sie sich nicht mit der Möglichkeit auseinander, dass der Täter sich über die Tatsache hinaus, dass seine Handlung den Erfolg irgendwie bewirkt, mangels näherer Kenntnisse der

54 Vgl. etwa *Wessels*, AT, S. 51; *Welzel*, LB, S. 73; *Schmidhäuser*, AT, 10/44; *Maurach/Zipf*, AT 1, S. 346; *Jescheck*, AT, S. 250; *Schönke/Schröder-Cramer*, zu § 15 Rn. 55.

55 So *Backmann*, JuS 1971, 117; *Herzberg*, ZStW 85, S. 881 f.

56 So schreibt *Backmann*, JuS 1971, S. 118: »Richtung und Art der Wirkung (Schuß oder zufälliger Brand) gehören somit zu den wesentlichen Elementen des Kausalverlaufs, unwesentliche Abweichungen sind es dagegen, wenn innerhalb *ein und desselben Kausalverlaufs* das Opfer z. B. statt in den Kopf in die Brust getroffen wird oder innerhalb ein und desselben Kausalverlaufs (z. B. eines Giftanschlags) das Opfer nicht sofort, sondern erst nach Tagen stirbt« (Hervorhebung original). Aber was ist hier »ein und derselbe Kausalverlauf«, wenn der wirkliche vom geplanten Tathergang überhaupt abweicht?

Kausalgesetze keinerlei Vorstellungen macht. Sie müssten entweder nachweisen, dass es eine solche Möglichkeit nicht gibt, oder in diesen Fällen Vorsatz und subjektive Erfolgszurechnung auch dann ablehnen, wenn der vom Täter erwartete Erfolg eintritt. Da sie ihre Wesentlichkeitskriterien unbestimmt lassen, bleiben auch diese Autoren eine Rechtfertigung dafür schuldig, dass gerade die aberratio ictus eine wesentliche Abweichung im Kausalverlauf ist.

Die Kritik, die beide an der Vorhersehbarkeit der Kausalabweichung als Wesentlichkeitskriterium üben, hat ihre volle Berechtigung, solange man mit der h. L. den Vorsatz für die sedes materiae des Problems der Kausalabweichung hält. *Backmann* meint, mit der Voraussicht der Abweichung sei allenfalls dem Wissens-, nicht aber dem Willenserfordernis des Vorsatzes genügt,⁵⁷ und *Herzberg* findet es befremdlich, dass mit der Vorhersehbarkeit ein Fahrlässigkeitskriterium über die Vorsatzzurechnung entscheiden soll.⁵⁸ Aber dieses Befremden schwindet, sobald man anerkennt, dass es hier nicht um die subjektive Zurechnung geht, sondern um die objektive. Die Abweichung des Kausalverlaufs ist nämlich genau dann vorhersehbar, wenn es der tatsächlich eingetretene ist. Hinter diesem scheinbaren Vorsatzerfordernis verbirgt sich also nichts weiter als die Adäquanz der Erfolgsverursachung, die die neuere Lehre als Voraussetzung der objektiven Erfolgszurechnung nach der Kausalität einordnet.⁵⁹

Freilich entspricht diesem objektiven Zurechnungserfordernis beim Vorsatzdelikt auch ein subjektives, aber das besteht nicht in einer mehr oder weniger genauen Kenntnis des tatsächlichen Kausalverlaufs, sondern darin, dass auch der Kausalverlauf, den sich der Täter vorstellt, ein Minimum an Wahrscheinlichkeit aufweisen muss, also ebenfalls kein abenteuerlicher oder gar unmöglicher sein darf.⁶⁰ Sonst liegt kein Vorsatz vor, sondern nur ein unfrommer Wunsch. Tritt dann der Erfolg aufgrund eines vom Täter nicht erkannten adäquaten Kausalverlaufs gleichwohl ein, so liegt lediglich ein Fahrlässigkeitsdelikt vor. Im umgekehrten Fall, d. h. wenn sich der Täter einen adäquaten Kausalverlauf vorstellte, der Erfolg aber durch einen abenteuerlichen eintritt, bleibt mangels objektiver Zurechenbarkeit des Erfolges ein Versuch übrig. Ein strafbarer Versuch in Verbindung mit einem Fahrlässigkeitsdelikt, wie ihn die h. L. bei der aberratio ictus annimmt, kann also durch einen in diesem Sinne wesentlichen Irrtum über den Kausalverlauf gar nicht zustande kommen.

57 JuS 1971, S. 117.

58 ZStW 85, S. 876.

59 Vgl. *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 31; *Jescheck*, AT, S. 250; *Stratenwerth*, AT, Rn. 274; *Wolter*, ZStW 89, S. 678 f.

60 Vgl. *Wolter*, ZStW 89, S. 673 ff.; *Jescheck*, AT, S. 250, *SK-Rudolphi*, zu § 16, Rn. 31 und schon *H. Mayer*, LB 1953, S. 249.

Der error in objecto als Irrtum über den Kausalverlauf

Aber selbst wenn man das Ergebnis der h. L. von der aberratio ictus daraus ableiten könnte, dass sie ein wesentlicher Irrtum über den Kausalverlauf ist, bliebe noch zu beweisen, dass dies mit der allgemein angenommenen Unbeachtlichkeit des error in objecto vereinbar wäre, dass also der error in objecto entweder überhaupt kein Irrtum im Kausalverlauf oder wenigstens kein in dem gleichen Sinne wie die aberratio ictus wesentlicher ist.

Legt man der Erfolgsbeschreibung beim error in objecto diejenige Objektindividualisierung zugrunde, über die der Täter sich irrte, so stellt sich nicht nur der tatsächlich eingetretene Erfolg als ein anderer dar als der, den er wollte, sondern auch der Kausalverlauf, der ja aus den Vorstadien des Erfolgs besteht und ebenfalls mit Hilfe dieser Individualisierung beschrieben werden kann. Indem die h. L. den Unterschied zwischen aberratio ictus und error in objecto darin sieht, dass nur bei der ersteren auch ein Irrtum im Kausalverlauf vorliegt, legt sie wiederum die Individuenbestimmung nach Zeit und Ort als die einzig maßgebliche zugrunde.

Backmann und wohl auch *Herzberg* räumen zwar ein, dass der error in objecto auch eine Art Irrtum im Kausalverlauf ist,⁶¹ glauben ihn aber von der Kausalabweichung bei der aberratio ictus durch Kriterien unterscheiden zu können, die ihn als unwesentlichen ausweisen. Nach *Backmann* betrifft er nämlich nicht die »innertatbestandliche Kausalität«, sondern nur das Vorbereitungsstadium.⁶² Aber das wäre nur dann möglich, wenn die Abweichung im Vorbereitungsstadium selbst wieder ausgeglichen würde, so dass der Kausalverlauf wieder in die Bahn zurückkehrt, die die Tätersvorstellung ihm vorgezeichnet hat. Gerade das ist beim error in objecto nicht der Fall. Bleibt man bei der Individuenbeschreibung, über die der Täter sich irrte, so stellt sich die Kausalität vielmehr als eine von Anfang an und bis zum Ende abweichende dar. Aus der Sicht des Täters läuft von vornherein und endgültig alles »schief«. Der Eindruck, den *Backmann* hat, entsteht nur dadurch, dass er im Moment der Ausführungshandlung die ursprüngliche Individuenbeschreibung durch die nach Zeit und Ort des Angriffsobjekts ersetzt. Aber die falsche Vorstellung des Täters über die Identität des Objekts wird durch die hinzutretende richtige Individualisierung weder aufgehoben noch verdrängt.

Herzberg sieht den entscheidenden Unterschied darin, dass sich der error in objecto »nur im Kopf des Täters abspielt«.⁶³ Es macht zunächst Schwierigkeiten, zu verstehen, was damit gemeint ist, spielt sich doch jeder Irrtum »im Kopf des Täters ab«, weil er eine Beziehung (der Nichtidentität) seiner Vorstellung zur Wirklichkeit ist und aus dem gleichen Grund keiner »allein im Kopf des Täters«. *Herzberg* meint hier wohl das gleiche wie *Baumann*,

61 *Backmann*, JuS 1971, S. 114; *Herzberg*, ZStW 85, S. 889.

62 JuS 1971, 119.

63 ZStW 85, S. 890.

Kohlrausch-Lange und *Ibach*, die damit argumentieren, dass bei der aberratio ictus überhaupt kein Irrtum des Täters zur Zeit der Ausführungshandlung vorliege, diese vielmehr erst nachträglich fehlgehe.⁶⁴ Die aberratio ictus wird als ein neues, von außen hinzutretendes Ereignis empfunden, das die zunächst richtigen Pläne des Täters durchkreuzt. Aber auch das ist eine »optische« Täuschung, die dadurch entsteht, dass der Vorgang nur aus der Perspektive des Täters betrachtet wird. Sehen wir vom Problem nicht determinierter Verläufe einmal ab, so weiß der Fachmann oder der Laplace'sche Weltgeist von vornherein, dass der Täter falsch zielt und statt des anvisierten ein anderes Objekt treffen wird. Der hier gemachte Unterschied zum error in objecto ist also aus den gleichen Gründen ein scheinbarer, wie der zwischen einem objektiv tauglichen und einem objektiv untauglichen Versuch.

Das gleiche ist schließlich *Schroeder* entgegenzuhalten, wenn er einen maßgeblichen Unterschied zwischen error in objecto und aberratio ictus darin sieht, dass der Täter den Kausalverlauf im ersten Fall beherrsche und im zweiten nicht,⁶⁵ und ebenso *Cramer*, der *Welzel* einen Widerspruch zu seiner eigenen finalen Handlungslehre vorwirft, weil er die aberratio ictus bei Vorhersehbarkeit für unbeachtlich hält.⁶⁶ Nur wenn man die Finalität in einem sehr äußerlichen und eingeschränkten Sinne als Zielen versteht, ergibt sich dies, und dann würde allen Tatausführungen, die nicht in einem solchen unmittelbaren Anzielen bestehen, die Qualität einer finalen Handlung fehlen. Legt man beim error in objecto der Erfolgsbeschreibung diejenige Individualisierung zugrunde, über die der Täter irrt, so beherrscht er den Erfolg von Anfang an nicht. Verzichtet man bei der aberratio ictus auf eine Individualisierung des Objekts, so beherrscht der Täter den eingetretenen Erfolg als Tatbestandsverwirklichung bis zuletzt in dem nach der Lehre von der objektiven Zurechnung erforderlichen Maße,⁶⁷ wenn die Abirrung nur vorhersehbar war.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Abweichung im Kausalverlauf hat sich also zwischen aberratio ictus und error in objecto kein Gegensatz gefunden, der die Beachtlichkeit der ersteren und zugleich die Irrelevanz des letzteren erklären könnte. Alle Unterschiede, die angeführt werden, haben sich letztlich nur als Konsequenz der Entscheidung erwiesen, die eine Individualisierung bei der Beschreibung des Kausalverlaufs zu beachten und die andere nicht.

64 Vgl. *Baumann*, AT, S. 427; *Kohlrausch/Lange*, zu § 59 (a. F.) Anm. V 4a; *Ibach*, Anstiftung, S. 38.

65 Vgl. LK zu § 16, Rn. 9.

66 Vgl. *Schönke/Schröder-Cramer*, zu § 15, Rn. 56.

67 Vgl. *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 100.

Die aberratio ictus als Irrtum über relevante Opfereigenschaften

Selbstverständlich schließt eine aberratio ictus dann die subjektive Zurechnung des Erfolges aus, wenn das getroffene Objekt die Merkmale eines anderen Tatbestandes erfüllt. Wer auf den Hund seines Nachbarn zielt und den Nachbarn trifft, begeht keine vorsätzliche Körperverletzung oder Tötung. Nichts anderes kann gelten, wenn das getroffene Opfer Eigenschaften aufweist, die für die Rechtswidrigkeit oder die Strafzumessung (Erfolgsunwert) erheblich sind, und diese Eigenschaften sich in der Vorstellung des Täters vom Erfolg seiner Tat nicht finden.⁶⁸ Eine solche Diskrepanz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit kann auf einen error in objecto ebenso zurückgehen wie auf eine aberratio ictus. Sie macht im letzteren Falle ebenso wenig Schwierigkeiten wie im ersteren, weil jedes Unrechts- oder Schuldenelement ebenso wie jeder Strafzumessungsgrund entweder im objektiven oder im subjektiven Bereich lokalisiert oder in einen objektiven und einen subjektiven Aspekt zerlegt werden kann. Dann richtet sich der objektive nach den Eigenschaften des wirklich getroffenen Objekts und der subjektive nach den Vorstellungen des Täters.

Deshalb macht auch der von *Jescheck* und *Blei* der Mindermeinung entgegengehaltene Fall, dass der Täter auf seinen Angreifer zielt und dessen ungeteilte Ehefrau trifft,⁶⁹ dieser keinerlei Schwierigkeiten. Es liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor,⁷⁰ ebenso wie wenn der Täter die Frau ebenfalls für eine Angreiferin gehalten oder sie in der Dunkelheit mit dem Angreifer verwechselt hätte.

Nichts als ein Sonderfall eines solchen Irrtums über relevante Eigenschaften des Erfolges ist die beliebte Abwandlung des Falls *Rose/Rosahl*, dass *Rose* in immer erneutem error in objecto eine Reihe »falscher« Opfer tötet. Die Vertreter der h. L. irren, wenn sie glauben, es führe hier notwendig zu einer Verantwortlichkeit des *Rosahl* für »das ganze Gemetzel«, wenn man seinen Irrtum als aberratio ictus qualifiziert und als solchen für unbeachtlich hält.⁷¹ Es liegt hier jedenfalls nicht nur eine aberratio ictus vor, sondern auch ein Irrtum über das Ausmaß des Erfolges und damit eine Art Täterexzess.⁷²

68 Vgl. schon *Beling*, Verbrechen, S. 326.

69 *Jescheck*, AT, S. 251; *Blei*, AT, S. 114.

70 Vgl. *Welzel*, LB, S. 74.

71 Vgl. z. B. *Bemmann*, MDR 1958, S. 820; *LK-Schroeder*, zu § 16, Rn.14; *Stratenwerth*, AT, Rn. 284; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 215. Man beruft sich dabei meist auf *Binding*, Normen III, S. 114, Fn 9, wo dieses Argument aber weder zum Beweis der Beachtlichkeit der aberratio ictus herangezogen wird noch zur Rechtfertigung für die Einordnung des Objektsirrtums des Täters als aberratio ictus des Anstifters.

72 Vgl. *Loewenheim*, JuS 1966, S. 315.

Entsprechend seinem Vorsatz, kann Rosahl nur für die Tötung eines Menschen als Anstifter verantwortlich gemacht werden.

Die Frage, welches der von Rose erschossenen Opfer das ist, kann freilich nicht beantwortet werden. Der Vorschlag von *Loewenheim*, das erste zu nehmen und den Vorsatz damit für verbraucht zu erklären,⁷³ ist ebenso willkürlich wie für den Fall, dass Schliebe am Ende doch unter ihnen wäre, dessen Tötung als die allein von Rosahl angestiftete anzusehen. Wenn man sich aber erst gar nicht darauf einlässt, einen irgendwie bestimmten »konkreten Erfolg« daraufhin zu prüfen, ob er dem Täter zum Vorsatz zuzurechnen ist, sondern nur danach fragt, inwieweit Vorstellung und Wirklichkeit tatbestands-, rechtswidrigkeits- und schuldrelevante Merkmale erfüllen, braucht man diese Frage nicht zu stellen. Wir können sie also als mindestens in bestimmten Fällen sinnlos zurückweisen.

Voreilig wäre es schließlich auch, der aberratio ictus den Fall des Vorsatzwechsels des Täters für den Anstifter gleichzustellen. Für den nach Vorsatzwechsel herbeigeführten Erfolg muss der Anstifter freilich auch dann nicht haften, wenn auch der neue Vorsatz durch seine Anregung verursacht wurde und unter den gleichen Tatbestand fällt. Dies aber nicht, weil sein Irrtum als aberratio ictus beachtlich sein müsste, sondern weil sich die Beteiligung des Anstifters nicht auf die »Initialzündung« des Vorsatzes beschränkt. Der Anstifter wird auch deshalb wie der Täter und schwerer als der Gehilfe bestraft, weil das von ihm gesetzte Motiv durch die gesamte Tatausführung hindurch wirksam bleibt. Daran fehlt es, wenn sich der Täter vom Einfluss des Anstifters freimacht, indem er sich ein anderes Objekt zum Ziel nimmt als dieser. Auch aus diesem Fall lässt sich also kein Argument für die Beachtlichkeit der aberratio ictus gewinnen, denn der Irrtum des Haupttäters ist kein Exzess.⁷⁴

Zusammenfassung

Die aberratio ictus hat keine Existenzberechtigung als eigenständige Rechtsfigur mit spezifischen Rechtsfolgen. Sie ist ein Fall des error in objecto und daher nach allgemeinen Regeln unbeachtlich, wenn das getroffene Objekt den gleichen Tatbestand erfüllt wie das vom Täter anvisierte und der Kausalverlauf adäquat (nicht abenteuerlich) war.

Die für die aberratio ictus übliche Beschreibung »der Täter hat ein anderes Objekt getroffen als er treffen wollte« ist unvollständig und nur in Bezug auf eine bestimmte Individuenbeschreibung sinnvoll. Sie kann im konkreten Fall in Bezug auf eine Individuenbeschreibung richtig und in Bezug auf eine andere falsch sein. Legt man bei einem error in objecto die Individuenbestimmung zugrunde, über die der Täter irrt, so trifft die übliche Darstellung

73 JuS 1966, S. 315.

74 Vgl. *Loewenheim*, JuS 1966, S. 314.

der aberratio ictus auch für den error in objecto zu. Die Unterscheidung zwischen beiden beruht darauf, dass man nur bestimmte Individuenbeschreibungen für maßgeblich hält, die durch den Ort des Objekts zur Tatzeit oder durch dessen unmittelbare Wahrnehmung. Diese zeichnen sich durch keine allgemein oder speziell für das Strafrecht relevanten Besonderheiten vor anderen Individuenbeschreibungen aus. Eine Individuenbeschreibung dieser Art braucht nicht notwendig im Tatplan vorzukommen. Sie kann in einer mittelbaren oder mehrdeutigen Form im Tatplan auftreten, und dann wird die Unterscheidung zwischen aberratio ictus und error in objecto nach h. L. ebenfalls mehrdeutig.

Die Ablehnung eines vollendeten Vorsatzdelikts bei aberratio ictus stellt eine Durchbrechung folgender allgemeiner Grundsätze der subjektiven Erfolgszurechnung dar: Was der Mindestinhalt des Vorsatzes ist, ist durch allgemeine Regeln für alle Fälle eines Tatbestandes gleichermaßen bestimmt, zunächst durch den Tatbestand selbst und allenfalls noch durch diesen einschränkende Ergänzungen (ein Beispiel für letzteres ist das Erfordernis, dass der vom Täter vorgesehene Kausalverlauf nicht abenteuerlich sein darf). Dieser Mindestinhalt bestimmt das Maß der Übereinstimmung zwischen Tätervorstellung und Erfolg, von dem dessen Zurechnung zum Vorsatz abhängt. Nicht zum Mindestinhalt der Tätervorstellung beim Vorsatz gehört eine Individualisierung des Tatobjekts.

Nachtrag

Inzwischen bin ich jenem Evidenzerlebnis, dass die Anhänger der Lehre von der aberratio ictus als einziges, wenigstens der Form nach richtiges, Argument für sich geltend machen, weiter nachgegangen. Dabei habe ich gefunden, dass es in der Tat bestimmte Fälle der aberratio ictus gibt, in denen sich das Ergebnis der h.L., Tateinheit zwischen versuchter vorsätzlicher und vollendeter fahrlässiger Verwirklichung des Tatbestandes, durchaus begründen lässt, allerdings nur nach einer Konzeption des Vorsatzes, die die h.L. nicht anerkennt. Ohne sich mit dieser Konzeption des Vorsatzes auch nur auseinanderzusetzen, geschweige denn sie zu akzeptieren, haben Verfechter der Lehre von der aberratio ictus dies Ergebnis als Konzession an ihre Rechtsauffassung interpretiert.⁷⁵ Dies ist ein grundlegendes Missverständnis, das der Aufklärung bedarf.

Das Ergebnis, Tateinheit zwischen Versuch und fahrlässiger Vollendung des gleichen objektiven Tatbestandes lässt sich aufgrund der h.L. vom Vorsatz gar nicht konstruieren, weder bei einer Abweichung im Kausalverlauf, noch bei einer aberratio ictus. Wenn nämlich, wie es die h.L. annimmt, jede Vorstellung des Täters von der von ihm verursachten Gefahr, die für bewuss-

⁷⁵ Herzberg, NSStZ 1999, 217 (219); Burkhardt in: Eser/Hassemer/Burkhardt (2000), 111 143.

te Fahrlässigkeit genügt, auch für Vorsatz genügen muss,⁷⁶ so begründet jede Vorstellung von der Möglichkeit einer adäquaten Kausalität die Zurechnung des Erfolges nicht nur zur Fahrlässigkeit, sondern auch zum Vorsatz. Bereits die Zurechnung des Erfolges zur Fahrlässigkeit setzt ja voraus, dass die Tatsachen, die der Täter kennt, eine unerlaubte und damit nach h.L. vorsatzbegründende Gefahr für den Erfolgseintritt darstellen. Die außerdem für den Vorsatz erforderliche Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolgseintritts ist ebenfalls gegeben, sonst wäre ja auch eine Strafbarkeit wegen Versuchs nicht möglich. Damit sind alle Voraussetzungen einer Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz bereits erfüllt, die die h.L. aufstellt. Also lässt sich das Ergebnis der Tateinheit zwischen Versuch und fahrlässiger Vollendung nur dann begründen, wenn man an die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz und damit auch an den Vorsatz selbst strengere Anforderungen stellt als an die Zurechnung des Erfolges zur Fahrlässigkeit und die Fahrlässigkeit selbst.⁷⁷

Dies halte ich nun in der Tat für richtig und ich kann mich dabei (was dem einen recht ist, sollte dem anderen billig sein) auf das intuitive Urteil der Anhänger der Lehre von der wesentlichen Abweichung im Kausalverlauf und, wie zu zeigen sein wird, auch der Anhänger der Lehre von der aberratio ictus berufen. Die Lehre von der wesentlichen Abweichung im Kausalverlauf ist nämlich eine Verankerung des Wesentlichkeitserfordernisses in der Lehre vom Vorsatz schuldig geblieben und Herzberg wundert sich zu Recht darüber, dass das Wesentlichkeitskriterium das der Vorhersehbarkeit, also ein traditionelles Fahrlässigkeitserfordernis sein soll.⁷⁸ Um ein solches Wesentlichkeitskriterium im Vorsatz zu verankern muss man für den Vorsatz eben mehr fordern als eine Gefahrvorstellung, die für die Fahrlässigkeit insbesondere die Vorhersehbarkeit des Erfolges genügt. Das habe ich getan, indem ich zwischen einer vorsatzbegründenden großen Gefahr und einer nur Fahrlässigkeit begründenden geringeren Gefahr unterscheide.⁷⁹ Dies ist nichts anderes als eine neue Version der Wahrscheinlichkeitstheorie, bei der das quantitative Kriterium der Wahrscheinlichkeit durch ein qualitatives ersetzt wird. Seine genauere Bestimmung findet der Leser in dem Aufsatz »Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis«.⁸⁰ Das Ergebnis, Tateinheit zwischen vollendeter fahrlässiger und nur versuchter vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung ergibt sich dann für den Fall, dass sich diejenigen Elemente, die in der Vorstellung des Täters die Vorsatzgefahr begründen, nicht vollständig im Kausalverlauf zum Erfolg wieder finden, so dass sich die Vorsatzgefahr nicht

76 SK-Rudolphi § 16 Rn. 5b; Roxin FS-Rudolphi (2004), 243 (250).

77 NK-Puppe § 16 Rn. 106; dies., Vorsatz und Zurechnung (1992), 31 f.

78 Herzberg, ZStW 85, S. 881 f.

79 NK-Puppe § 15 Rn. 69, § 16 Rn. 10; dies., Vorsatz und Zurechnung (1992), 29.

80 In diesem Band, S.227.

im Erfolgseintritt realisiert hat, wohl aber ein Teil dieser Gefährdungselemente, der die geringere Fahrlässigkeitsgefahr begründet.⁸¹

All das hat mit dem Begriff der aberratio ictus nichts zu tun, es kann aber sein, dass im Einzelfall eine aberratio ictus die dargestellte Gefährdifferenz begründet. Das Zielen auf ein Opfer begründet, wenn es nicht auf große Entfernung geschieht, eine Vorsatzgefahr für das anvisierte Objekt. Befindet sich das getroffene Objekt in unmittelbarer Nähe, so erstreckt sich die Vorsatzgefahr in der Regel auch auf dieses, wenn die Entfernung nicht so kurz ist, dass ein genaues Zielen mit Sicherheit erfolgen kann. Die h.L. hilft sich in solchem Fall damit, dass sie zwar gemäß ihren Grundsätzen von der aberratio ictus zwischen dem Vorsatz im Bezug auf das Zielobjekt und dem Vorsatz im Bezug auf das Verletzungsobjekt unterscheidet, aber in Bezug auf das Verletzungsobjekt einen dolus eventualis annimmt.⁸² Es gibt aber auch Fälle, in denen sich auf das Verletzungsobjekt die Vorsatzgefahr nicht erstreckt, weil dieses vom anvisierten Objekt zu weit entfernt oder dem Täter gar nicht sichtbar ist. Es kann dann gleichwohl eine Fahrlässigkeitsgefahr geben, die sich auch auf dieses Objekt erstreckt. Das ist dann der Fall, wenn der Täter an einem Ort schießt, wo das schießen grundsätzlich verboten ist, z.B. auf einer Straße oder in einer Wohnung. Verfehlt dieser Täter sein Ziel, trifft er aber ein entferntes tatbestandlich gleichartiges Verletzungsobjekt, etwa durch einen Querschläger, so ist ihm dieser Erfolg nur zur Fahrlässigkeit zuzurechnen, weil das Schießen, auch das ungezielte, an solch einem Ort verboten und fahrlässig ist. Für eine Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz reicht aber diese Gefahr und ihre Realisierung im Erfolg nicht aus, denn es ist keine taugliche Methode, einen Menschen zu töten, dass man ungezielt in seiner Nähe herumschießt. Das Zielen auf eine bestimmte Person, das in diesem Fall in der Vorstellung des Täters in der Tat eine Vorsatzgefahr begründet, hat sich dagegen im Kausalverlauf zum Erfolg nicht realisiert, denn die Tatsache, das an der Stelle, auf die der Täter gezielt hat, in diesem Moment ein Mensch stand, kommt in der kausalen Erklärung des wirklichen Erfolges, des Treffens eines anderen Menschen durch den Querschläger, nicht vor. Es ergibt sich also eine Tateinheit zwischen fahrlässiger vollendeter und vorsätzlicher versuchter Herbeiführung des Erfolges, ohne dass es nötig wäre, zu ihrer Begründung zwischen zwei verschiedenen Arten von Vorsatz und zwei verschiedenen Erfolgen, den am angezielten und den am wirklich getroffenen Objekt begrifflich zu unterscheiden.

Es dürfte nun schwierig sein, eine solche Differenz zwischen der vom Täter vorsätzlich herbeigeführten und der im Erfolg tatsächlich verwirklichten Gefahr im Falle eines error in objecto zu konstruieren. Hierauf führe ich die

81 NK-Puppe § 16 Rn. 106; dies., Vorsatz und Zurechnung (1992), 31.

82 Lackner/Kühl § 15 Rn. 12; Tröndle/Fischer § 16 Rn. 6; Jakobs AT 8/80; Roxin AT/1 12/153.

zu Beginn erwähnte spontane Empfindung von einem grundsätzlichen Unterschied zwischen *error in objecto* und *aberratio ictus* zurück. Trotzdem ist diese Empfindung eine Fehlintuition, wenn sie zur allgemeinen Begründung der Beachtlichkeit jeder *aberratio ictus* im Gegensatz zum *error in objecto* angeführt wird. Denn sie gilt nur für bestimmte Fälle der *aberratio ictus*, in anderen ist, wie gezeigt, eine Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz richtig und es gibt auch solche, in denen eine Zurechnung des Erfolges zur Fahrlässigkeit ebenfalls nicht in Betracht kommt, weil das im Kausalverlauf realisierte Risiko ein erlaubtes war, beispielsweise dann, wenn der Täter auf sein Opfer in der Wüste gezielt und geschossen und dabei eine Person getroffen hat, die er nicht sehen konnte.⁸³

Auch treten bei unserer Begründung des Ergebnisses der Tateinheit zwischen fahrlässiger Vollendung und vorsätzlichen Versuchs die oben aufgezeigten Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen *error in objecto* und *aberratio ictus* gar nicht auf, und zwar deshalb nicht, weil das Ergebnis eben nicht mit dem Begriff der *aberratio ictus* begründet wird. Deshalb nimmt die h.L. es zu Unrecht als Bestätigung für sich in Anspruch, dass ich in bestimmten Fällen der *aberratio ictus* ihr Ergebnis für richtig halte, aus Gründen, die mit der Theorie von der *aberratio ictus* nichts zu tun haben und von ihren Anhängern auch nicht akzeptiert werden.

⁸³ Puppe, Vorsatz und Zurechnung (1992), 32 f.

Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz

(GA 1982, 143–165)

»Die Kunst, die Verbrechen zu zählen ist schwer, solange man im Unklaren ist, was denn eigentlich gezählt werden soll.«

Max Ernst Mayer,
AT, S. 156

Es gibt keinen von Natur aus vorgegebenen und für die Konstitution des Einzelverbrechens als verbindlich legitimierten, tatbestandsunabhängigen Begriff des Handlungsindividuums (Elementarhandlung, Einzelakt, Muskelinnervation u. ä.). Eine Kombination verschiedener Strafrahmen, wie sie § 52 für die sog. ungleichartige Idealkonkurrenz vorsieht, ist notwendig, wo sich verschiedene Tatbestandsverwirklichungen im Unrechtsgehalt gegenseitig näher charakterisieren. Wann das der Fall ist, hängt ab von dem abstrakten Verhältnis der tatbestandlichen Unrechtstypen (Unrechtsverwandtschaft oder Unrechtsfremdheit) und der Identität der die Tatbestände in concreto erfüllenden Handlungs- und Erfolgsindividuen (eine Sache, eine Täuschung, die Bundesrepublik Deutschland u. ä.). Die »ein und dieselbe Handlung« i. S. des § 52, die verschiedene Strafgesetze verletzt, ist nicht der Ausgangspunkt der Konstitution des konkreten Einzelverbrechens, sie ist ihr Resultat.

Ein Gelehrtenstreit und sein klägliches Ende

»In der Tat, wenn der wissenschaftliche Wert einer hypothetischen Annahme an den Ergebnissen erkannt werden kann, dann ist der Stab gebrochen über Bindings Normentheorie«, so v. Liszt in seiner Besprechung von *Bindings* Handbuch des Strafrechts.¹ Das Ergebnis, das er meint und das die gesamte Normentheorie diskreditieren soll, ist die Ablehnung der unterschiedlichen Behandlung von Real- und Idealkonkurrenz, die unser StGB bis heute vorsieht und deren Voraussetzungen bis heute von der h. L. genau so wie zur Zeit v. Liszts und *Bindings* bestimmt werden. *Binding* hatte im Handbuch geschrieben: »Damit ist eine der bedauerlichsten Taten in der neueren Rechtsgeschichte vollbracht. Denn nicht nur fehlt jeder Grund für eine ver-

¹ Aufsätze, S. 246.

schiedene Behandlung der realen und der idealen Konkurrenz, sondern auch ihre Scheidung ist die unglücklichst denkbare.«²

Es ist lange her, dass man sich über dieses Thema so heiß gestritten hat, und dabei geht es um nichts weniger als die grundlegende Frage, was ein einzelnes konkretes Verbrechen, was also der Gegenstand der richterlichen Beurteilung unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten und damit der Strafzumessung in jedem Strafverfahren ist. Aus jenem Streit ist bis auf weiteres v. *Liszt* als Sieger hervorgegangen, der *Binding* entgegengehalten hatte: »Das Verbrechen ist Handlung, mehrere Verbrechen müssen daher mehrere Handlungen sein; eine natürliche Handlung kann immer auch nur eine verbrecherische Handlung sein.«³ Mit ähnlichen Formulierungen wurde bis in die jüngste Zeit in Lehrbüchern und Kommentaren erklärt, warum unser StGB den von *Binding* so heftig angegriffenen Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz macht, warum es nur einen Strafausspruch zulässt, wenn mehrere Gesetze durch »eine Handlung« verletzt werden.⁴

Gegen diese sog. Einheitstheorie wandte sich die Mehrheitstheorie, die das Verbrechen als Normverletzung oder Tatbestandsverwirklichung definiert, so dass sich jeweils so viele Verbrechen ergeben, wie Tatbestände nebeneinander anwendbar sind.⁵ Die einst so heftige Kontroverse wird heute allgemein als unfruchtbarer Streit um Worte und Begriffsdefinitionen angesehen, der allenfalls noch historisches Interesse hat.⁶ Der Satz »Verbrechen ist Handlung« verschwand nach und nach aus den Lehrdarstellungen und Kommentaren zur Idealkonkurrenz, und an seine Stelle trat . . . nichts.

Wer die neuere Literatur nach einer Erklärung des tief greifenden und in seinen praktischen Auswirkungen erheblichen Unterschiedes durchsucht, den unser Gesetz zwischen Real- und Idealkonkurrenz macht, findet wenig mehr als den Hinweis, dass damit einem Schuldgesichtspunkt Rechnung getragen werden soll. Es soll weniger verbrecherische Energie kosten, verschiedene

2 Vgl. *Binding*, HdB., S. 571.

3 Aufsätze, S. 248.

4 *Wachenfeld*, LB, S. 103; *R. v. Hippel*, LB, Bd. 2, S. 505; *M. E. Mayer*, AT, S. 156; *Maurach*, AT, 4. Aufl., S. 731; *Mezger*, StB. AT, 9. Aufl., S. 247 f.; so heute noch *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 295 und *Baumann*, AT, S. 682.

5 So *Schmidhäuser*, AT, 18/38, Fn. 30; *Dreher/Tröndle*, Vor § 52, Rn. 4; *Mösl*, LK 9. Aufl. zu § 73 a. F., Rn. 1; *Schönke/Schröder*, 14. Aufl., zu § 73 a. F., Rn. 4; *Frank* zu § 73 a. F., Anm. 1; *Honig*, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, S. 3, Fn. 7; *Binding*, HdB., S. 570 ff.; *H. Meyer*, AT 1953, S. 142; *Niese*, Materialien zur Strafrechtsreform, S. 156.

6 So vor allem *Jescheck*, AT, S. 587; *ders.*, ZStW 67, S. 529 (533); *Schönke/Schröder-Stree* zu § 52 Rn. 3; *Vogler*, LK, Vor § 52, Nr. 6; *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, S. 63 f.; *Geerds*, Zur Lehre von den Konkurrenzen im Strafrecht, S. 325; schon *Honig* ging, a.a.O., S. 3, nur zögernd auf diesen Streit ein.

Gesetze zugleich zu verletzen als nacheinander.⁷ Das ist jedoch durchaus umstritten,⁸ und selbst wenn es richtig wäre, wäre immer noch zu erklären, warum der dem entsprechende Strafrabatt gerade dadurch zu gewähren ist, dass für alle zugleich verwirklichten Rechtsverletzungen nur eine Strafe im Rahmen des strengsten anwendbaren Strafgesetzes verhängt wird, wobei die übrigen allenfalls als Strafschärfungsgründe innerhalb dieses Rahmens zu Buche schlagen, gleichgültig wie viele es sind und wie schwer sie im Verhältnis zu jenem ins Gewicht fallen.

Soweit an dieser Regelung Kritik geübt wird, geschieht es mit dem Ziel, den Unterschied zwischen Real- und Idealkonkurrenz durch Einführung der Einheitsstrafe zu beseitigen,⁹ wie sie unser Jugendstrafrecht und viele ausländische Rechte vorsehen.¹⁰

Aber selbst wenn das letztere geschähe, wäre das Problem nicht aus der Welt geschafft. Solange wir ein Tatschuldstrafrecht haben, steht der Richter vor der Aufgabe, die einzelne Tat des Angeklagten zu bestimmen, die Gegenstand seiner Beurteilung als konkretes Unrecht und konkrete Verschuldung ist, und sie von anderen Taten des gleichen Täters zu trennen. Verzichtet man auf diese Scheidung und behandelt das gesamte dem Richter in einem Prozess unterbreitete Verhalten des Täters als eine Art »Inbegriff«,¹¹ so praktiziert man ein Täterstrafrecht.¹² Nur wenn geklärt ist, was die einzelne zu beurteilende Tat ist, ist es möglich, Schuldzumessungsgründe als illegitim auszuschließen, weil sie nicht zu dieser Tat gehören.

7 Schönke/Schröder-Eser zu § 52, Rn. 1; Samson, SK zu § 52, Rn. 2; H. Mayer, AT 1953, S. 408; Geerds, Konkurrenzen, S. 259; v. Hippel, LB, S. 171.

8 *Binding* meint, es könne sogar ein Zeichen besonderer Verwegenheit, Kraft oder Geschicklichkeit des Täters sein, wenn er zugleich mehrere strafbare Erfolge erreiche, vgl. HdB. S. 575 f., und *Honig* weist darauf hin, dass es meist nicht einmal davon, sondern von vom Täter nicht beherrschbaren Zufällen abhängt, ob Handlungseinheit oder -mehrheit i. S. der h. L. vorliegt, vgl. Studien, S. 33 ff.

9 So schon *Honig*, Studien, S. 57 f.; *ders.*, GS 92, S. 117; *Jescheck*, ZStW 67, S. 543 f.; *Niese*, Materialien, Bd. 1, S. 159 ff.; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1208 und 1254 sowie alle Reformentwürfe zum StGB einschließlich des AE mit Ausnahme des EG 2. *Geerds*, Konkurrenzen, S. 483 ff.; *R. Schmitt*, ZStW 75, S. 193 ff.; *Peters*, FS Kohlrausch, S. 199.

10 Vgl. zu den ausländischen Rechten *Jescheck*, AT, S. 593; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 71 ff.; *Stoecker*, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 2, S. 449 ff.

11 So *Niese*, Materialien, Bd. 1, S. 160, der betont, dass ein solcher Inbegriff nicht minder Summe (Menge?) der Straftaten identisch sei; ähnlich schon *Beling*, GS, 93, S. 131.

12 Näher dazu *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, S. 162, insbesondere Fußnoten 21 und 22.

Eine Diskussion über den Satz »Verbrechen ist Handlung«

Wollen wir also erfahren, welche Vorstellungen die Strafrechtswissenschaft vom konkreten einzelnen Verbrechen als Gegenstand der Strafzumessung entwickelt hat, so müssen wir zu jenem Satz von *Liszt* zurückkehren: »Verbrechen ist Handlung, d. h. eine auf menschliches Wollen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt, liegt nur eine Handlung vor, so ist mithin nur ein Verbrechen gegeben.«¹³ »Jede Polemik, wie immer begründet, welche sich gegen den (Lisztschen) Schluss wendet, scheint mir sich machtlos zu brechen, an unerschütterlichen Tatsachen der Logik« (*Baumgarten*).¹⁴ »Gegen den Satz ... lässt sich nicht ankämpfen, weil er nichtssagend ist. Definiert man die Handlung mit v. Liszt als eine auf menschliches Wollen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt, dann erhellt aus dieser Definition nicht, welche von den durch menschlichen Willen bewirkten in die Zukunft ins Unendliche fortlaufenden Veränderungen gemeint ist« (*Finger*).¹⁵

Zunächst ist festzustellen, dass eine Handlung i. S. jenes Satzes nicht dasselbe sein kann, wie die Handlung i. S. der allgemeinen Handlungslehren¹⁶ Denn sowohl der kausale als auch der finale und die verschiedenen sozialen Handlungsbegriffe sind Relationsbegriffe. Sie definierten die Handlung in Bezug auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg, als dessen Ursache oder als auf diesen hinstuernden Mitteleinsatz.¹⁷ Der Handlungsbegriff der Konkurrenzlehre muss aber offenbar unabhängig von den jeweils erfüllten Tatbeständen sein, denn er soll ja verschiedene Tatbestandsverwirklichungen zu einer Einheit verbinden, und zwar nach heute ganz selbstverständlicher Vorstellung unabhängig von deren Inhalt. Deshalb bezeichnet *Liszt*, sobald er auf die ungleichartige Idealkonkurrenz zu sprechen kommt, als Handlung auch nicht mehr eine gewollte »Veränderung in der Außenwelt«, sondern eine »Willensbetätigung«.¹⁸

Aber der Satz »Verbrechen ist Handlung« scil. eine Art von Handlung ist selbstverständlich nur auf dem Hintergrund einer zuvor akzeptierten Handlungstheorie, also einer philosophischen Lehre über die Strukturen mensch-

13 So die Fassung in v. *Liszt's* Lehrbuch, 21.–22. Aufl., S. 222.

14 Strafr. Abh. Heft 103, S. 14.

15 LB Bd. 1, S. 367, Fn. 475.

16 Auf den Handlungsbegriff der allgemeinen Verbrechenlehre berufen sich zur Begründung der ungleichartigen Idealkonkurrenz v. *Liszt*, LB, 21.–22. Aufl., S. 222, Fn. 1; *Mezger*, LB, 496; *ders.*, StB, 9. Aufl., S. 247; und heute noch *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, S. 295.

17 Die heute h. L. spricht dem Handlungsbegriff der allgemeinen Verbrechenlehre jede Relevanz für den Begriff der Handlungseinheit ab, vgl. *Jescheck*, AT, S. 578 f.; *Samson*, SK, Vor § 52, Rn. 15; *Warda*, JuS 1964, S. 82; näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 243 ff.

18 LB 21.–22. Aufl., S. 223.

lichen Entscheidens und Verhaltens, die dann auch für das verbrecherische Handeln gelten muss. Der Satz »Verbrechen ist eine Willensbetätigung« fordert mindestens den Einwand heraus, dass er allenfalls einen Teilaspekt oder eine Eigenschaft jedes Verbrechens beschreibt, aber nicht das konkrete einzelne Verbrechen.¹⁹ *Binding* hat auf die in diesem so unanfechtbar erscheinenden Schluss *von Liszt* enthaltene Begriffsvertauschung hingewiesen: »Eine Mehrheit von Delikten (Normverletzungen) fordert aber unbedingt eine Mehrheit von Handlungen (i. S. der allgemeinen Handlungslehre). Keine Verbrechensmehrheit kann also durch eine Handlung realisiert werden. Dadurch aber, dass man den juristischen Handlungsbegriff mit einem Afterbegriff (Körperbewegung, Willensbetätigung) identifiziert, gelangt man zur Leugnung dieser unbestreitbaren Wahrheit; dadurch, dass man den ersten durch den zweiten Begriff geradezu verdrängt, das Erfordernis der Handlungs- zur Verbrechensmehrheit aber beibehält, gar zur ungerechtfertigten Ausstoßung der Fälle der sog. Idealkonkurrenz aus dem Gebiete der Verbrechensmehrheit.«²⁰

Liszt führt seinen Gegenangriff fast ausschließlich an Hand eines einzigen schon damals klassischen Beispiels, des Beischlafs mit der verheirateten Schwester, der früher als Ehebruch und Inzest in Idealkonkurrenz strafbar war. *Binding*, so meint er, verwechsle »Begriff und Ding«,²¹ wenn er daraus zwei Straftaten mache. »Fast sieht es so aus, als ob die Normentheorie zu idealistisch wäre, mit dem Beischlaf im Sinne der bloßen Physiologie sich irgendwie abzugeben. Aber leider, leider, wir Menschen können nicht heraus aus unserer Natur, bis der Tod dem Geist das all erschließt, . . . und so oft unsere Richter einen strafbaren Beischlaf abzuurteilen haben, so ist und war und wird es sein, der brutale Akt ohne jede begriffliche Abstraktion.«²² Also nicht auf den Handlungsbegriff i. S. der allgemeinen Verbrechenslehre oder einer philosophischen Lehre vom menschlichen Handeln beruft sich *v. Liszt*, sondern auf die Physiologie und unsere Natur. Sie ist es, die uns die Dinge ein für alle Male und für alle Betrachtungsweisen verbindlich vorgibt, die wir dann unter Begriffe subsumieren. So ein naturgegebenes Ding ist z. B. ein Beischlaf.

»Aus den verschiedensten Gesichtspunkten kann über dasselbe Geschehen . . . das Urteil gefällt werden, es stelle eine Einheit dar oder enthalte eine Mehrheit von Vorgängen. Die Sicherheit dieses allzeit schwierigen Urteils entfällt ganz, wenn man nicht den Standpunkt genau präzisiert und den be-

19 *Frank* zu § 73 a. F., Anm. II hält dem *v. Liszt*'schen Satz entgegen: »Richtig ist daran nur, dass zum Delikt eine Handlung, d. h. ein Willensakt gehört. Daraus folgt aber keineswegs, dass die Zahl der Delikte mit der der Handlungen nicht identisch sein müsse.«

20 HdB., S. 565, Erläuterungen in Klammern von mir.

21 Aufsätze, S. 244.

22 Aufsätze, S. 245.

stimmt tatkräftig und unverwirrt festhält, aus dem der Vorgang auf seine Einheitlichkeit hin beurteilt werden soll«, hatte *Binding* in seinem Handbuch geschrieben und »Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig.«²³

Dieses Streitgespräch zwischen *v. Liszt* und *Binding* zeigt das Dilemma der Idealkonkurrenz: Entweder wir bestimmen sie an Hand eines »Afterbegriffs«, wir würden heute sagen Scheinbegriffs, der naturgegebenen Handlung i. S. von *Liszt*. Dann müssen wir alles vergessen, was uns die Philosophie von den alten Griechen bis zur modernen Hermeneutik und Sprachtheorie über das Verhältnis von Denken und Wirklichkeit, Sprache und Wahrnehmung, Begriff und Gegenstand zu sagen hat, um einen cruden und unkritischen Naturalismus zu praktizieren. Oder wir ziehen mit *Binding* nicht nur die Konsequenz, dass § 52 StGB sachlich verfehlt, sondern über *Binding* hinaus auch die, dass § 52 aus logischen Gründen unerfüllbar ist. Denn wenn wir keinen tatbestandsunabhängigen Handlungsbegriff voraussetzen, also eine einzelne Handlung nicht unabhängig von einem Straftatbestand in legitimer Weise bestimmen können, wie soll dann ein und dieselbe Handlung mehrere Tatbestände erfüllen.

Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom einzelnen Verbrechen

Honig, der eine verbindlich vorgegebene natürliche Handlung nicht anerkennt,²⁴ sieht als dogmatisch einwandfreien, wenn auch kriminalpolitisch unbefriedigenden Ausweg aus diesem Dilemma die von ihm sog. Formel des RG.²⁵ »Es ist (für Handlungseinheit) erforderlich, dass die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, dass wenigstens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt.«²⁶ Was bedeutet hier »zusammenfallen«? Das RG betont, dass zeitliche Koinzidenz der Tatbestandsverwirklichungen nicht genügt,²⁷ und darüber besteht bis heute Einigkeit.²⁸ Es wird vielmehr verlangt, dass die Ausführungshandlungen der ver-

23 *Binding*, HdB., S. 520.

24 Vgl. Studien, S. 3, Fn. 7.

25 Studien, S. 40.

26 RGSt 32, 137 (139 f).

27 RGSt 32, 137 (139).

28 Vgl. Schönke/Schröder-Eser, Vor § 52, Rn. 11; Samson, SK, Vor § 52, Rn. 17; Dreher/Tröndle, Vor § 52, Rn. 3; Lackner, zu § 52, Anm. 2 a; Welzel, LB, S. 231; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, S. 323; Schmidhäuser, AT, 18/42; Stratenwerth, AT, Rn. 1245; Baumann, AT, S. 686; Jescheck, AT, S. 591; Blei, AT, S. 315; Wessels, AT, S. 174; BGHSt 18, 29 (32 f.) m. w. N. aus der Rechtspr.

schiedenen Tatbestandsverwirklichungen ganz oder zum Teil identisch sind.²⁹ Aber wenn eine Handlung i. S. des Strafrechts nicht unabhängig von einer Tatbestandsverwirklichung bestimmbar ist, wenn also eine Handlung immer nur als eine Tötungshandlung, eine Wegnahme, eine Täuschung bestimmt ist, was soll es dann heißen, dass die Handlungen, die verschiedene Tatbestände verwirklichen, ganz oder zum Teil identisch sind?

Soweit darauf eine Antwort gegeben wird, lautet sie, identisch sind einzelne der »natürlichen (Minimal)handlungen«,³⁰ »objektiven« oder »realen Ausführungshandlungen«,³¹ »Willensbetätigungen«³² oder »Teilakte«³³. Da haben wir das Weltbild des Juristen: Alles menschliche Handeln ist von Natur aus aufgeteilt in diskrete kleinste Handlungseinheiten. Ein konkretes Verbrechen ist immer entweder eine solche natürliche Minimalhandlung, ein realer Ausführungsakt oder eine unter dem Blickwinkel einer Tatbestandsverwirklichung zusammengefasste Menge solcher realen Ausführungsakte oder natürlichen Minimalhandlungen. Eine Minimalhandlung kann niemals Bestandteil mehrerer konkreter Verbrechen, d. h. mehrfacher richterlicher Beurteilung sein. Eine Begründung wird dafür nicht mehr gegeben, es sei denn, man fände diese in dem Wort »natürlich«, »objektiv« oder »real«.

»Die >einzelnen< Handlungen fließen wie ein Fluss eine nach der anderen stetig fort, und so wenig man die einzelnen Tropfen eines Flusses zählen kann, so wenig kann man die einzelnen Handlungen des menschlichen Lebens zählen.« Dieses Bild des Flusses für das Verhaltenskontinuum, das *Beling* gebraucht,³⁴ hat dieser selbst nicht voll ausgeschöpft, denn die wohlweislich gesetzten Anführungszeichen bei »einzelne« lässt er später bei der Definition der ungleichartigen Idealkonkurrenz weg.³⁵ Es ist nicht deshalb unmöglich, die »einzelnen Tropfen in einem Fluß« zu zählen, weil es so unendlich viele sind, sondern weil es in einem Fluss keinen einzigen Tropfen gibt. Man kann allerdings aus Wasser auf verschiedene Weise verschieden

29 *Welzel*, LB, S. 231; *Jescheck*, AT, S. 588; *Wessels*, AT, S. 155; *Baumann*, AT, S. 687; *Bockelmann*, AT, S. 241; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 323; *Schmidhäuser*, AT, 18/ 40; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1245; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Vogler*, LK zu § 52, Rn. 21 f.; *Samson*, SK zu § 52, Rn. 3 und 10; *Schönke/Schröder-Eser* zu § 52, Rn. 8 f.; *Dreher/Tröndle* Vor § 52, Rn. 3; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit, S. 100; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 275

30 *Schönke/Schröder-Stree* Vor § 52, Rn. 10.

31 *Welzel*, LB, S. 231; *Jescheck*, AT, S. 588; *Stratenwerth*, AT, Rn. 243; *Baumann*, AT, 686; *Vogler*, LK zu § 52, Rn. 22; *Samson*, SK zu § 52, Rn. 12; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 275.

32 So v. *Liszt*, LB, 21.–22. Aufl., S. 223; *Bockelmann*, AT, S. 241.

33 *Wessels*, AT, S. 155; *Lackner* zu § 52, Anm. 2 b; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit, S. 100.

34 Lehre vom Verbrechen, S. 334.

35 A.a.O., S. 378.

große Tropfen machen. Genau so verhält es sich mit dem »Handlungsstrom«. Unter den verschiedensten Gesichtspunkten lässt er sich in verschieden große Handlungsabschnitte gliedern. Die Lehre von der natürlichen Minimalhandlung gibt keine Kriterien dafür an. Denn jede beliebige Unterteilung ergibt Willensbetätigungen oder Ausführungsakte, und jeder dieser Akte kann beliebig weiter unterteilt werden in kleinere Einheiten, die ebenfalls wieder Willensbetätigungen oder Ausführungsakte sind. »Was wir eine einzelne Handlung nennen, ist nur ein Teil dieser kontinuierlichen Aktivität« und ... »dann lässt sich aus diesem Kontinuum der einzelne diskrete mit dem Wort >Handlung< bezeichnete Teil nur abgrenzen mit Rücksicht auf den Standpunkt, von dem aus die Betrachtung dieser kontinuierlichen Reihe erfolgt«, hatte schon *Finger Liszt* entgegengehalten.³⁶ Er kommt zu dem Fazit: »Ist die in dem Vorausgeführten enthaltene Behauptung richtig, dass es unmöglich ist, die Kriterien zu finden, nach denen sich eine Reihe von Veränderungen, die von einem Menschen ausgehen, in unter dem Namen von einzelnen Handlungen zusammengefasste Teile unterscheiden ließen, dann steht fest, dass die §§ 73 und 74 (a. F.) von unhaltbaren Voraussetzungen ausgehen und dass eine wissenschaftliche Auslegung dieser Bestimmungen kein befriedigendes Ergebnis haben kann.«³⁷ *Baumgarten* meinte, dass es *Finger* nicht gelungen sei, den Lisztschen Satz als sinnlos zu entlarven, »denn nicht um Einheit handelt es sich, sondern um Identität«.³⁸ Was identisch sein muss, sagt allerdings auch er nicht. *Honig* meinte sogar, dass neben der Formel von der Teilidentität für einen Begriff der natürlichen Handlung überhaupt kein Raum sei.³⁹

In der Tat ist das Problem der Kontinuität menschlichen Handelns noch nicht die eigentliche Crux der »Formel des RG« und der heute h. L. von der ungleichartigen Idealkonkurrenz, denn die »Formel des RG« lässt sich auch ohne eine vorgegebene Unterteilung des Verhaltenskontinuums in diskrete Minimalhandlungen ausdrücken. Die heutige Lehre geht von solchen Minimalhandlungen als Individuen aus, die unter dem Blickwinkel eines Tatbestandes zu Mengen zusammengefasst werden, die dann ganz oder teilweise aus den gleichen Elementen bestehen können. Aber man kann auch von den verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen als Individuen ausgehen und die Handlungseinheit dann als eine Beziehung zwischen mehreren solchen Individuen auffassen, die ganz oder teilweise handlungsgleich sind. Verzichten wir zunächst auf eine nähere Bestimmung dieser Beziehung, um uns das

36 LB, Bd. 1, S. 367.

37 A.a.O., S. 369.

38 Strafr. Abh., Heft 103, S. 13.

39 Vgl. »Studien«, S. 32, während das RG gerade in der von ihm für die »Formel« in Anspruch genommenen Entscheidung von einer vortatbestandlichen natürlichen Einheit der Handlung ausgeht, vgl. RGSt 32, 137 (138); näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 263, insbesondere Fn. 15.

logische Verfahren klar zu machen. Eine Handlungseinheit ist die Klasse aller Tatbestandsverwirklichungen, die *mindestens zu einem anderen Element der Klasse, in dieser Beziehung der vollständigen oder teilweisen Handlungs- gleichheit stehen*. Diese »eine Handlung« ist nicht ein vorgegebenes Konkretum, von dem man eine oder mehrere Tatbestandsverwirklichungen irgendwie abstrahiert, sondern umgekehrt eine Art Abstraktion aus den Tatbestandsverwirklichungen, die ihrerseits der Rechtfertigung bedarf. Logisch gesehen wäre es die transitive Hülle einer Teilgleichheitsrelation von Tatbestandsverwirklichungen.⁴⁰ Die h. L. ist also, darin haben *Baumgarten* und *Honig* gegen *Finger* Recht, auch ohne eine vorgegebene Gliederung des Verhaltenskontinuums in diskrete Handlungseinheiten logisch einwandfrei durchführbar. Nur ist das Verfahren dazu logisch höchst kompliziert und sein Resultat ein abstraktes und komplexes Gebilde und alles andere als natürlich.

Das dürfte der Grund dafür sein, dass die h. L. die so eindeutige und klare Lösung, die gewünschte Handlungseinheit als (vollständige oder teilweise) Gleichzeitigkeit zu definieren, verschmätzt und hartnäckig darauf besteht, dass mehrere Handlungen i. S. des § 52 gleichzeitig vorhanden sein können,⁴¹ mögen auch die Beispiele, die als Beleg dafür angeführt werden, noch so lebensfremd und grotesk anmuten. Ein Beispiel dafür soll etwa sein, dass der Täter mit der einen Hand auf eine Person schießt und mit dem Fuß nach einer anderen tritt,⁴² dass er mit der einen Hand dem Verkäufer Falschgeld anbietet und mit der anderen heimlich Ware vom Tresen nimmt,⁴³ noch am lebensnächsten ist das Beispiel des Gangsters, der mit einer Hand eine Person als Schutzschild vor sich hält, während er mit der anderen auf seine Verfolger feuert.⁴⁴ Was unterscheidet diese Fälle (außer ihrer Lebensfremdheit) von denen, in denen die h. L. Idealkonkurrenz annimmt, etwa von dem, dass der Täter mit einer Bombe 20 Menschen tötet und einen Häuserblock niederbrennt? Hier würde die h. L. nur ein Verbrechen annehmen, weil nur ein Bombenwurf vorliegt. Ohne Anerkennung einer vorgegebenen natürlichen Handlungseinheit ist das nicht zu erklären, jedenfalls wurde bisher kein Versuch dazu gemacht.

Es bleibt also dabei, die naturgegebene Minimalhandlung, ein Schuss, ein Griff, ein Tritt, ein Schlag, ein Wurf usw. fordert unabweisbar ihr Recht, die Zahl der Gegenstände strafrechtlicher Beurteilung zu bestimmen. Es war und ist und wird immer sein der eine Schuss, der eine Griff, der eine Tritt, der eine Beischlaf »ohne jede begriffliche Abstraktion«. Die allgemein aner-

40 Näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen. S. 263, insbesondere Fn. 15.

41 S. Fn. 28.

42 So *Schönke/Schröder-Stree*, Vor § 52. Rn. 11; *Samson* nennt das Beispiel, dass ein Täter ein Opfer mit der Rechten ersticht und gleichzeitig ein anderes mit der Linken erschlägt, vgl. SK Vor § 52, Rn. 17.

43 Das Beispiel bringen *Welzel*, LB, S. 231 f. und *Schmidhäuser*, 18/42.

44 So *Stratenwerth*, AT, Rn. 1245.

kannte Bestimmung der Idealkonkurrenz lässt sich ohne einen zuvor als naturgegeben akzeptierten Begriff der Einzelhandlung zwar formulieren, aber – und hierin hat *Finger* gegen *Baumgarten* und *Honig* Recht – nicht ohne einen solchen Begriff rechtfertigen. Der gegenwärtige Stand der Lehre vom konkreten Verbrechen ist der v. *Liszt's* im Jahre 1886.

Von der Notwendigkeit ungleichartiger Idealkonkurrenz

Wenn das aber die einzig mögliche Interpretation und Erklärung der gesetzlichen Unterscheidung zwischen Real- und Idealkonkurrenz ist, muss es bei dem Urteil *Bindings* bleiben, dass mit ihr »eine der bedauerlichsten Taten der neueren Rechtsgeschichte vollbracht« wurde. Ist aber die Unterscheidung zwischen Real- und Idealkonkurrenz »nur mit Kriterien zu gewinnen, die das Wesen menschlichen Handelns ebenso verfehlen, wie ihnen ein sinnvoller Bezug zu den in § 52, § 53 ff. vorgesehenen Rechtsfolgen fehlt«, ⁴⁵ warum hat sich dann diese Regelung trotz ständiger Kritik, die bis heute nicht verstummt ist, ⁴⁶ über ein Jahrhundert behauptet und ist auch aus der großen Strafrechtsreform fast unverändert hervorgegangen? Das spricht dafür, dass wenn nicht in allen, so doch in einem Großteil der Fälle, die die h. L. unter die Idealkonkurrenz fasst, das in § 52 angeordnete Strafzumessungsverfahren das Richtige ist, nämlich die Strafe dem Rahmen des schwerwiegendsten der erfüllten Tatbestände zu entnehmen und die anderen Tatbestandsverwirklichungen nur innerhalb dieses Rahmens als Strafschärfungsgründe zu berücksichtigen.

Nach der bis heute allgemein anerkannten abstrakten Beschreibung der Idealkonkurrenz brauchen die Tatbestandsverwirklichungen nichts miteinander gemeinsam zu haben als eine »natürliche«, d. h. tatbestandsunabhängig bestimmte Handlung, theoretisch kann jeder Tatbestand mit jedem anderen in dieser Weise zusammentreffen. Bei den Beispielen, mit denen die Idealkonkurrenz dann in den Lehrbüchern zunächst plausibel gemacht wird, ist das aber anders. Bei dem klassischen Beischlaf mit der verheirateten Schwester geht es um zwei Sexualdelikte, also eng verwandte Tatbestände. Nachdem der Ehebruch als Tatbestand abgeschafft ist, wird der Richter wohl auch weiterhin bei der Beurteilung eines Inzests den Ehebruch strafschärfend berücksichtigen. Nehmen wir ein weniger pikantes und dafür weniger antiquiertes Lehrbuchbeispiel: Die betrügerische Täuschung durch Gebrauch einer

45 So *Blei*, AT, S. 311.

46 Vgl. *Binding*, HdB, S. 571 f.; *Hälschner*, LB, Bd. 1, S. 672; *Finger*, LB, Bd. 1, S. 366 f.; *Coenders*, Über die Idealkonkurrenz, S. 22 ff.; *Lobe*, GS 93, S. 125; *Honig*, Studien, S. 57 f., *ders.*, GS 92, S. 117; *Peters*, FS Kohlrausch, S. 199; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 483 ff.; *Schmitt*, ZStW 75, S. 193 ff.; *H. Mayer*, AT 1953, S. 414; *Niese*, Materialien, Bd. 1, S. 155 ff.; *Jescheck*, ZStW 67, S. 543 ff.; *Geerds*, Konkurrenzen, S. 432 ff.; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1208; *Blei*, AT, S. 311, *Schönke/Schröder-Stree*, Vor § 52, Rn. 7.

unechten Urkunde.⁴⁷ Beide einschlägigen Tatbestände sind Ausnahmen vom Grundsatz der Erlaubtheit der Täuschung. Die betrügerische Täuschung ist strafbar, weil sie zu einer Vermögensschädigung führt und in Bereicherungsabsicht geschieht, der Gebrauch einer falschen Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr, weil als Täuschungsmittel eine Scheinerklärung eines anderen dient. Diese Täuschung zeichnet sich also vor anderen aus durch ihren Inhalt, eine angeblich von einem anderen abgegebene Erklärung und durch ihr Mittel, eine scheinbare originale, d. h. vom Aussteller autorisierte Verkörperung dieser angeblichen Erklärung. Es ist also plausibel, die betrügerische Täuschung dadurch als in ihrem Unrechtsgehalt näher bestimmt und qualifiziert anzusehen, dass sie gerade durch eine falsche Urkunde erfolgte, und umgekehrt den Gebrauch der Falschurkunde dadurch, dass er einer Selbstschädigung des Getäuschten diene. Dem entspricht die Strafzumessungsregel des § 52 genau.

Es ist sogar unmöglich, in diesem Falle nach § 53 zu verfahren, Betrug und Urkundenfälschung also gesondert zu beurteilen. Will der Richter das Unrecht eines bestimmten Betrages ermessen, muss er sich auch fragen, welchen Inhalt die Täuschung hatte und mit welchen Mitteln sie durchgeführt wurde. Dabei stößt er auf die Merkmale einer Urkundenfälschung, die das Gesetz selbst als einen besonders gravierenden Fall der Täuschung ausgezeichnet hat. Geht der Richter von der Urkundenfälschung aus, so stößt er bei der weiteren Bestimmung des Merkmals »zur Täuschung im Rechtsverkehr« auf die Frage, zu welchem rechtserheblichen Verhalten der Getäuschte veranlasst werden sollte und welche vom Täter verschuldeten Folgen dies für ihn hatte, und damit auf die Tatbestandsmerkmale des Betrages.

Für bestimmte Fälle des Zusammentreffens von Tatbeständen ist also eine Regelung der Strafzumessung, wie sie § 52 vorsieht, geradezu notwendig, es sei denn, man verzichtet überhaupt auf eine Strafzumessung für die einzelnen Verbrechen und lässt sie in einer Einheitsstrafe aufgehen. Die Tatbestände und die Rechtsfolgebestimmungen des Strafrechts sind unvollständig und müssen durch den Richter ergänzt werden. Das Ergebnis ist eine Rechtsnorm mit einer bestimmten Strafe als Rechtsfolge und einem in seinen einzelnen Merkmalen präzisierten Tatbestand (Strafzumessungsnorm). Wir können hier offen lassen, in welcher Form dabei die verschiedenen Strafzwecke, Spezialprävention, Generalprävention, Schuldausgleich, miteinander zu »verrechnen« sind. In unserem Zusammenhang interessiert nur der Teil der Rechtsfolgenbestimmung, der an den verwirklichten Tatbeständen und der Tatschuld orientiert ist. Alle dabei verwerteten Strafzumessungstatsachen müssen als nähere Bestimmungen *des* Unrechts und *der* Schuld legitimiert

47 Verwendet von *Jescheck*, AT, S. 587; *Welzel*, LB, S. 232; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 294.

werden, die der Tatbestand allgemeiner beschreibt. Das fordert das Tat-schuldprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz *nulla poena sine lege*.⁴⁸

Es kann nun nicht ausgeschlossen werden, dass als solche näheren Bestimmungen eines tatbestandsspezifischen Unrechts Merkmale eines anderen Tatbestandes auftreten. Da die Tatbestände, jedenfalls die Grundtatbestände, zunächst die Aufgabe haben, die Mindestvoraussetzungen anzugeben, unter denen ein Verhalten überhaupt strafbar ist, kann der Gesetzgeber die Tatbestände nicht so gegeneinander »abschotten«, dass die in ihren vertypten Unrechtsarten nichts miteinander gemein haben. Deshalb ist für den Fall, dass die Verwirklichungen verschiedener Tatbestände sich im Unrechts- und damit auch im Schuldgehalt gegenseitig näher charakterisieren, eine Regelung der Strafzumessung notwendig, wie sie § 52 vorsieht.

Wie schon am Beispiel erläutert, bildet diese Strafzumessungsregel das Verhältnis der sich gegenseitig charakterisierenden Tatbestandsverwirklichungen genau ab. Dass vom Strafraumen des strengsten der erfüllten Gesetze auszugehen ist, versteht sich, denn wie sollte es dem Täter zugute kommen, dass er außer diesem noch weitere erfüllt hat? Aus dem gleichen Grunde ist die Mindeststrafe jedes der milderen Strafgesetze verbindlich, wenn sie höher liegt als die des strengsten. Die Verwirklichung der milderen Tatbestände erscheint als nähere, und zwar erschwerende Bestimmung des Unrechts des strengsten Tatbestandes, die sich innerhalb des so ermittelten Strafraumens straf erhöhend auswirken muss.

Die Strafraumen der Tatbestände sind also dahin zu verstehen, dass sie jeweils alle milderen Gesetze mitberücksichtigen, deren Erfüllung das Unrecht des betreffenden Tatbestandes näher charakterisieren kann. Diese Interpretation ist deshalb möglich, weil nach unserer Konzeption der Idealkonkurrenz nicht jeder beliebige Tatbestand mit beliebigen und beliebig vielen anderen in Idealkonkurrenz treten kann, so dass alle Strafraumen eigentlich nach oben offen sein müssten, sondern es für jeden Tatbestand einen *numerus clausus* möglicherweise ideal konkurrierender Tatbestände gibt. Das Maß des in einer Strafzumessung nach § 52 zu erfassenden Unrechts ist danach jeweils tatbestandsimmanent begrenzt. Jeder Tatbestand enthält die mit ihm möglicherweise idealkonkurrierenden milderen Tatbestände wie alle anderen für ihn in Betracht kommenden Unrechts- und Schuldbestimmungsgründe als mögliche Ergänzungen seiner Unrechts- und Schuldbeschreibung latent in sich.

Die Beziehung der Tatbestände, kraft deren sie zueinander in Idealkonkurrenz treten können, kann nur eine Verwandtschaft im vertypten Unrecht sein, nicht eine allein auf ihren Schuldmerkmalen beruhende. Alle Schuldmerkmale, etwa die Gesinnungsmerkmale aus Habgier, böswillig, roh oder aus niedrigen Beweggründen sind als Tatmerkmale ihrerseits Beziehungen

48 Näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 53 ff., 97 ff. und 117 ff.

des Täters zum begangenen Unrecht.⁴⁹ Auch wenn in zwei nicht unrechtsverwandten Tatbeständen das gleiche Schuldmerkmal vorkommt, so handelt es sich jeweils doch um verschiedene konkrete Verschuldungen. Setzt man sie gleich, so erhält man statt des Tatschuldmerkmals das entsprechende Charaktermerkmal des Täters, das nicht Grund der Bestrafung sein darf.⁵⁰

Es ist möglich und nötig, allgemein zu bestimmen, welche Tatbestände unrechtsverwandt sind, sie wären in einem Kommentar zu einem Straftatbestand ebenso aufzuführen, wie diejenigen, die mit ihm in Gesetzeskonkurrenz stehen. Voraussetzungen der Unrechtsverwandtschaft lassen sich nicht in einer für alle Tatbestände gültigen Form abstrakt angeben, denn sie hängen ja vom Unrechtsgehalt der Tatbestände ab, immerhin lassen sich einige abstrakte Regeln dafür aufstellen. Kommt ein Unrechtsmerkmal in zwei Tatbeständen vor, wie etwa das Merkmal Täuschung in Betrug und Urkundenfälschung, so sind diese unrechtsverwandt. Ebenso wenn ein Merkmal eines Tatbestandes zu einem Merkmal eines anderen im Verhältnis der Spezialität steht, wie etwa die Körperverletzung zur Gewalt gegen die Person. Deshalb sind z. B. Nötigung und Körperverletzung und die zu beiden Grundtatbeständen gehörigen Spezialtatbestände wie Raub, schwere Körperverletzung, Totschlag und Mord untereinander unrechtsverwandt. Sieht das Gesetz für einen Grundtatbestand als Qualifikation einen Spezialfall eines anderen Tatbestandes vor, wie etwa die schwere Körperverletzung als qualifizierende Folge einer Freiheitsberaubung oder Geiselnahme, so sind auch die beiden Grundtatbestände unrechtsverwandt, hier also einfache Körperverletzung und Freiheitsberaubung. Denn hat das Gesetz einen Spezialfall eines Tatbestandes ausdrücklich zum Unrechtserhöhungsgrund für einen

49 So bestimmte etwa *Jescheck*, AT, S. 344, die Schuld als »die rechtswidrige Tat mit Rücksicht auf die in ihr aktualisierte rechtlich mißbilligte Gesinnung«; nach *Galas*, ZStW 67, S. 45 ff. ist Schuld »der auf die konkrete Tatbestandsverwirklichung bezogene Gesinnungsunwert«; ebenso *Wessels*, AT, S. 84; nach *Schmidhäuser*, AT 10/2 das »nach Form und Gehalt als tatbestandlich geschilderte rechtsgutverletzende geistige Verhalten des Täters in der Tat«; näher zur Unterscheidung zwischen Tatschuld- und Charaktermerkmalen *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 80 ff.

50 *Peters* hat in Festschrift für Kohlrausch, S. 206 ff., die Relevanz der Handlungseinheit (i. S. der h. L.) für die Einheit des Verbrechens als Gegenstand der Strafzumessung gerade mit der Identität der Motive begründet, die den Täter zu der Handlung getrieben haben. Dem liegt eine besondere Art von Begriffsvertauschung zugrunde, Ausdrücke wie habgierig, böswillig oder roh bedeuten etwas Verschiedenes, je nachdem, ob sie eine Person charakterisieren sollen, eine Handlung in einem »natürlichen« wertfreien Sinne oder eine Rechtsverletzung. Was hier stattfindet, ist eine Konfusion der Konstitutionsstufen des Verbrechens, näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 152 ff.

anderen erklärt, so muss der Unrechtszusammenhang auch für den allgemeinen Fall bestehen.

Ein Gefährdungsdelikt wie etwa § 315 c ist unrechtsverwandt mit dem fahrlässigen Verletzungsdelikt, das die Realisierung der strafbaren Gefährdung darstellt. Generell lässt sich nur sagen, dass unrechtsverwandte Tatbestände explizit oder implizit einen gemeinsamen Unrechtsgedanken enthalten. So ist der Diebstahl unrechtsverwandt mit Betrug und Erpressung, weil er ein Vermögensdelikt ist, auch wenn er nicht unbedingt einen Vermögensschaden erfordert.⁵¹

Sind zwei Merkmale verschiedener Tatbestände inhaltsgleich oder unrechtsverwandt, d. h. können sie sich gegenseitig näher bestimmen, so gilt das auch für die gesamten Tatbestände, es gibt also keine Unrechtsverwandtschaft nur zwischen Teilen von Tatbeständen. Das ergibt sich, wenn man die plausible Annahme akzeptiert, dass alle Unrechtsmerkmale innerhalb eines Tatbestandes sich gegenseitig näher charakterisieren, also beispielsweise beim Raub das Nötigungsunrecht das Wegnahmeunrecht steigert und nicht einfach beziehungslos neben ihm steht. Plausibel ist die Annahme deshalb, weil unsere Tatbestände nicht einfach Kumulationen heterogener

51 Um die h. L. von der Idealkonkurrenz zu rechtfertigen, hat *Baumgarten* ein Unrechtselement aufzuzeigen versucht, dass allen Tatbeständen gemeinsam ist, die »Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung«, die bei einer Handlung i. S. der h. L. eben nur einmal geschieht, vgl. Strafr. Abh., Heft 103, S. 49 ff. und FS Frank, S. 192 ff. Aber ähnlich wie bei den Schuldmerkmalen stellt sich zunächst die Frage, ob man diesen Ausdruck auf die »natürliche« Handlung beziehen darf oder nur auf das tatbestandsmäßige Unrecht. Versteht man die Auflehnung als Zuwiderhandlung gegen eine materielle Rechtsnorm, also als bestimmtes Unrecht, so liegen so viele Auflehnungen vor, wie Normen verletzt sind. Einen Bezug zu einer wertfrei bestimmten Handlungseinheit gewinnt man allenfalls dann, wenn man von den einzelnen verletzen Normen abstrahiert und die Tat als Auflehnung gegen die Rechtsordnung als Ganzes betrachtet. Das tut *Baumgarten* auch, wenn er in Strafr. Abh., Heft 103, S. 83 f. schreibt: »Man kann nicht für die Körperverletzung eine Strafe aussetzen und dann für die damit ideell konkurrierende Sachbeschädigung eine zweite, denn es müßte sonst die letztere für etwas erteilt werden, dem der Kern jedes Verbrechens mangelt, der Widerspruch mit der Rechtsordnung, der ja mit der Körperverletzung schon abgegolten ist« (Hervorhebung von mir). Einen solchen selbständig neben den jeweils geschützten materiellen Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit stehenden und daher rein formalen Gehorsamsanspruch des Staates würden wir aber heute kaum noch als »Kern jedes Verbrechens« oder auch nur als eigenständiges Unrechtselement anerkennen. Das wäre z. B. unvereinbar mit der ganz herrschenden Auffassung vom Verbotsirrtum, weil das subjektive Element dieser Auflehnung das Unrechtsbewusstsein wäre, und zwar als ein rein formales, nicht auf die tatbestandliche Unrechtsvertypung bezogenes, also auch unteilbares. Eine andere Frage wäre, ob es ein solches Auflehnungsmoment auch bei Fahrlässigkeit, insbesondere der unbewussten, gibt.

Unrechtsmerkmale sind, die sich zu einem strafwürdigen Unrecht summieren, sondern homogene Unrechtstypen, deren Merkmale erst in ihren (inhaltlich verschiedenen) Beziehungen zueinander die Gestalt des vertypten Unrechts ergeben.

Danach kann es nicht zu einer bloßen Teilidentität der in Idealkonkurrenz stehenden Tatbestandsverwirklichungen kommen, und das ist ein großer Vorteil gegenüber der h. L. Diese könnte nämlich konsequent nur dann durchgeführt werden, wenn es auch eine Teilidentität der Strafen gäbe. Sie wird sich schon dadurch untreu, dass sie sich für eine Identität der Strafe mit einer bloßen Teilidentität der Ausführungshandlungen begnügt. Denn ist die Identität der Ausführungshandlungen der Grund und die Rechtfertigung für die Identität der Strafe, so ist die volle Identität der Strafe bei bloßer Teilidentität der Ausführungshandlungen schon nicht mehr gerechtfertigt.

Die Schwierigkeiten, in die die h. L. beim Zusammentreffen von mehr als zwei Tatbestandsverwirklichungen in der Konstellation der sog. Klammerwirkung kommt, sind prinzipiell unlösbar. Logisch gesprochen steht die h. L. vor der Aufgabe, eine nichttransitive Relation, eine Teilgleichheit, in einer Transitiven, der Strafeinheit, isomorph abzubilden. Das ist logisch ausgeschlossen.⁵² Die h. L. steht in der Konstellation der Klammerwirkung nur vor der Wahl, welchen von drei Fehlern sie begehen soll: entweder sie behandelt zwei Tatbestandsverwirklichungen als mindestens teilidentisch, obwohl sie in keiner Ausführungshandlung identisch sind, nämlich die beiden verklammernten, oder sie behandelt zwei als nichtidentisch, obwohl sie teilidentisch sind, indem sie das verklammernde Delikt einem der anderen zuschlägt und das zweite getrennt bewertet, oder sie behandelt das Klammerdelikt als nicht identisch mit sich selbst, indem sie es beiden mit ihm teilidentischen Delikten zuschlägt, also doppelt verwertet. Man entscheidet sich jeweils für den Fehler, den man im konkreten Fall für am wenigsten folgenschwer hält, deshalb kommt es auf das relative Gewicht des verklammerten Deliktes an. Es ist also von Vorteil, wenn eine Teilidentität der idealkonkurrierenden Delikte ausgeschlossen ist.

Von der Kunst, die Verbrechen zu zählen

Bisher war nur in abstracto von den Tatbeständen und ihrer Unrechtsverwandtschaft die Rede. Damit ist aber noch nicht geklärt, wann sich im konkreten Fall zwei erfüllte unrechtsverwandte Tatbestände gegenseitig charakterisieren, also im Verhältnis der Idealkonkurrenz stehen. Kann diese Frage anders als unter Rückgriff auf eine unabhängig von den Tatbeständen bestimmbare Handlungsidentität überhaupt beantwortet werden? Wenn nicht, so wäre unsere Konzeption der Idealkonkurrenz nichts weiter als eine Ein-

⁵² Näher dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 199 ff., zur isomorphen Abbildung von Relationen, dort Fn. 12.

schränkung der h. L. von der naturgegebenen Handlungseinheit durch das zusätzliche Erfordernis der Unrechtsverwandtschaft. Das Verhältnis von Tatbeständen allein gibt naturgemäß keinen Aufschluss über die im Einzelfall gegebenen konkreten Verbrechen und deren Zahl. Auch bei der Gesetzeskonkurrenz, etwa der Spezialität, genügt es ja nicht, die Tatbestände und ihr logisches Verhältnis zu betrachten, um festzustellen, ob der Generelle vom Speziellen in concreto verdrängt wird. Es muss stets festgestellt werden, ob der Täter nur ein Delikt begangen hat, das unter beide Tatbestände fällt, oder mehrere, von denen das eine das spezielle, das andere nur das generelle Gesetz erfüllt. Wir haben also die »Kunst die Verbrechen zu zählen« offenbar immer noch nicht ausgelernt.

»Haben wir eine strafbare Handlung vor uns, so lassen wir die einzelnen Tatbestände des BT Revue passieren. Vielfach ergibt erst die Komposition mehrerer Tatbestände das vollständige Bild des konkreten Verbrechens«⁵³ eine einfache Methode, die Verbrechen zu zählen und das konkrete Einzelverbrechen zu bestimmen, vorausgesetzt, man verfügt über eine vortatbestandliche Bestimmung einer Verhaltenseinheit, genannt Handlung, und erkennt deren Verbindlichkeit für die Zahl und die Einheit der konkreten Verbrechen an. Aber es ist möglich, das konkrete Verbrechen ohne eine solche tatbestandliche Handlungseinheit zu bestimmen, und zwar auch dann, wenn es mehrere (unrechtsverwandte) Tatbestände erfüllt.

Jeder Tatbestand enthält Individuenvariable wie: ein Mensch, eine Sache, eine Urkunde, eine Tatsache u. ä., die zueinander in eine bestimmte Beziehung gesetzt sind. Bei der Subsumtion werden diese Individuenvariablen durch Konstante ersetzt, die zueinander in der geforderten Beziehung stehen, der Mensch X, den der Täter misshandelt hat, die Uhr, die er weggenommen, das schriftliche Schuldanerkenntnis, das er vernichtet, die »Tatsache«, dass der Beamte B sich habe bestechen lassen, die er behauptet hat. So erhält man im einfachsten Fall das konkrete Verbrechen.

Bleiben wir zunächst noch bei dem Fall, dass nur ein Tatbestand erfüllt ist. Wir werden nicht immer so viele konkrete Verbrechen annehmen, als nach dem oben Gesagten möglich ist. Räumt ein Dieb ein Schaufenster leer, so wirft man ihm nicht so viele Diebstähle vor, wie er Sachen weggenommen hat; wer einen anderen verprügelt, wird nicht für jeden Schlag mit einer gesonderten Körperverletzungsstrafe belegt. Um die mehreren Diebesgriffe oder mehreren Schläge zu einer Tat zusammenzufassen, brauchen wir nun tatsächlich eine Handlungsvariable im Tatbestand. Wir müssen also lesen »wer durch eine Handlung einen anderen misshandelt, wer durch eine Handlung fremde Sachen wegnimmt« usw. Aber diese eine Handlung ist jeweils bestimmt als Diebstahlshandlung, Körperverletzungshandlung, Sachbeschädigungshandlung u. ä. Nur unter dem Blickwinkel des Tatbestandes ist eine

53 So *Baumann* AT, S. 682.

Zusammenfassung eines bestimmten Teils des menschlichen Verhaltenskontinuums in legitimer Weise möglich. Mögen dabei auch neben der Einheitlichkeit des Unrechts andere für alle Tatbestände gültige Einheitskriterien erforderlich sein, wie Einheit des Entschlusses, der Zeit, der Situation, so erhalten wir auf diese Weise doch keine vortatbestandliche Handlungseinheit, sondern immer nur eine Diebstahlseinheit, eine Körperverletzungseinheit, eine Sachbeschädigungseinheit.⁵⁴ Diese Handlungseinheit kann es also nicht sein, die verschiedene Tatbestandsverwirklichungen zu einem nur einer einheitlichen Beurteilung zugänglichen Unrecht verknüpft.

Aber auch für diese Verknüpfung brauchen wir keine vortatbestandliche Handlungseinheit, sie ergibt sich vielmehr in einer tatbestandsorientierten Bestimmung des konkreten Unrechts von selbst. Die Beziehungen der Unrechtsverwandtschaft der Tatbestände und auch die der konkreten Tatbestandsverwirklichungen, die durch Ausfüllung der Individuenvariablen mit Konstanten beschrieben werden, sind symmetrisch und transitiv. Das bedeutet, dass der Richter, von welchem der in concreto sich gegenseitig charakterisierenden Tatbestandsverwirklichungen er auch ausgeht, immer auf die anderen stößt, sobald er beginnt, die nach dem Ausgangstatbestand einschlägigen Fragen nach den Besonderheiten des tatbestandspezifischen Unrechts im konkreten Fall zu stellen. In jedem Tatbestand sind ja die Merkmale der mit ihm unrechtsverwandten übrigen Tatbestände als dessen mögliche nähere Bestimmungen latent enthalten. Das kann man sich an unserem Ausgangsbeispiel der Idealkonkurrenz von Urkundenfälschung und Betrug leicht verdeutlichen. Beginnt der Richter mit dem Betrug, so stößt er bei der Frage nach der unrechtserheblichen Qualität des Täuschungsmittels auf den konkreten Zusammenhang mit der Urkundenfälschung; fängt er aber mit dieser an, so kommt er bei der Frage nach dem unrechtsrelevanten Inhalt der Täuschungsabsicht und den verschuldeten Tatfolgen zum Betrug. Es ist also nicht nötig, die vielfältigen unrechtskonstitutiven Beziehungen zwischen den die verschiedenen Tatbestandsmerkmale, wie Mensch, Sache, Tatsache, erfüllenden Individuen durch die Einheitsbeziehung der Handlungsgleichheit zu ersetzen, um das einzelne konkrete Unrecht zu bestimmen und die Verbrechen zu zählen.

Unsere Konzeption der Idealkonkurrenz ermöglicht eine gemeinsame Beurteilung auch bei solchen Tatbestandsverwirklichungen, die i. S. der h. L. in Handlungsmehrheit stehen. Das sind vor allem die Fälle, in denen die Unrechtseinheit auf einer Erfolgseinheit beruht. Die h. L. hilft sich hier dadurch, dass sie eine der beiden Tatbestandsverwirklichungen als mitbestrafte Voroder Nachtat zurücktreten lässt. Aber Gesetzeskonkurrenz setzt genau wie Idealkonkurrenz Identität des konkreten Verbrechens voraus. Wie soll eine

⁵⁴ Ausführlich dazu *Maiwald*, Handlungseinheit, S. 70 ff.; *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 231 ff.

Vor- oder Nachtat mitbestraft sein, wenn sie wegen Handlungsmehrheit gar nicht Gegenstand der Bestrafung sein durfte. Andererseits ist eine getrennte Bewertung beider Taten ungerecht, weil es sich um denselben Unrechtserfolg handelt, den der Täter durch die Vortat vorbereitet und durch die Haupttat verwirklicht oder den er durch die Nachtat gesichert hat. Das ist aber auch kein zureichender Grund, die für sich schon strafbare Art der Tatvorbereitung oder die Erfolgssicherung durch weitere strafbare Mittel ganz unberücksichtigt zu lassen, wie das die h. L. tun muss. Es erhöht das spezifische Unrecht eines Diebstahls, wenn der Täter sein Quasieigentum an der Beute noch mit betrügerischen Mitteln sichert. Insbesondere bei der Vortat ist allerdings zu beachten, dass sie schon als *lex generalis* hinter der Haupttat zurücktreten kann, wie generell der strafbare Versuch gegenüber der Vollendung. Die echten Fälle von Vor- und Nachtat sind angemessen nach den Regeln der Idealkonkurrenz zu behandeln.

Umgekehrt kann unter Unrechts Gesichtspunkten eine Mehrheit anzunehmen sein, wo die h. L. nur ein Verbrechen sieht. Wenn unrechtsfremde Tatbestände in einer Handlung in irgendeinem vortatbestandlichen Sinne zusammentreffen, ist kein Grund vorhanden, die verschiedenen Unrechtsfälle nicht getrennt zu würdigen. Es gibt eine von Natur aus vorgegebene Einteilung des Verhaltenskontinuums nicht, und wenn es sie gäbe, hätte sie für die strafrechtliche Beurteilung keine Verbindlichkeit. Wenn ein Autofahrer unbefugt mit einem fremden Wagen und ohne Führerschein Rauschgift über die Grenze bringt, so ist die Tatsache, dass es sich um ein und dasselbe Autofahren handelt, kein Grund, die Gebrauchsanmaßung, das Fahren ohne Führerschein und das Rauschgift delikt zu einer Einheit zusammenzufassen.

Hier kann allerdings ein Sonderproblem auftreten, wenn das Unrechtsgefälle zweier gleichzeitig verwirklichter Tatbestände besonders hoch ist. Es wäre allerdings absurd, gegen den Totschläger neben einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren noch eine Geldstrafe wegen Sachbeschädigung zu verhängen, weil er auch vorsätzlich die Kleidung seines Opfers durchlöchert hat. Der Grund dafür ist aber nicht, dass eine untrennbar zusammengehörige Unrechtseinheit willkürlich zerrissen wird, sondern dass von dem Täter nicht erwartet werden kann und auch soll, dass er sich bei der Auseinandersetzung mit der Frage, ob er einen Menschen töten will, auch mit dem Unrecht dieser Sachbeschädigung befasst. Hier bietet § 154 a die Möglichkeit, auf die Verhängung der geringfügigen Strafe neben der erheblich schwereren zu verzichten, und auch die sachlich richtige Begründung dafür. Die Sachbeschädigung an den Kleidern des Totschlagsopfers tritt nicht deshalb zurück, weil sie, wenn überhaupt, dann nur bei der Strafzumessung für den Totschlag zu berücksichtigen ist, sondern weil sie neben diesem eine *quantite negligeable* ist. Erst unter dem Blickwinkel aller verwirklichten Tatbestände ergeben sich die Verbrechenseinheiten. Deshalb ist es möglich, dass ein Sachverhalt, etwa eine Trunkenheitsfahrt, die allein unter dem Blickwinkel des § 316 gesehen

als eine Einheit erscheint, als Mehrheit zu behandeln ist, weil verschiedene Phasen dieser Trunkenheitsfahrt mit verschiedenen anderen Tatbestandsverwirklichungen zusammentreffen, etwa einer fahrlässigen Tötung und einer durch einen weiteren Unfall fahrlässig herbeigeführten Körperverletzung. Hier braucht keine Verklammerung der beiden Unfälle stattzufinden, denn die Trunkenheitsfahrt als Dauerdelikt ist in beliebige Teile aufspaltbar, die ihrerseits den Tatbestand voll erfüllen. Nur unter dem Blickwinkel des § 316 betrachtet erscheinen sie als eine Einheit, unter dem Gesichtspunkt der §§ 222 und 230 aber ist es legitim, zwei Delikte anzunehmen, eines nach § 222 i. V. mit § 316 und ein zweites nach § 230 i. V. mit § 316. Dabei wird nur ein Verfahren, das die h. L. beim Fortsetzungszusammenhang längst praktiziert, auf die Dauerdelikte übertragen. Besonders aktuell ist diese Möglichkeit der Aufspaltung eines Dauerdelikts in mehrere mit verschiedenen anderen Normverletzungen idealkonkurrierende Teile bei Tatbeständen mit diffuser Unrechtsbeschreibung, die über lange Zeiträume hin erfüllt werden können, wie § 129 und § 129 a.⁵⁵

Auswirkungen auf die Gesetzeskonkurrenz

Nach der h. L. ist für die Idealkonkurrenz ausreichend, dass die Tatbestandsverwirklichungen in einer vortatbestandlich und wertfrei bestimmten Handlungseinheit zusammentreffen, in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt brauchen sie nichts gemeinsam zu haben. Der Prototyp der Idealkonkurrenz i. S. der h. L. ist also der, dass völlig unrechtsfremde Tatbestandsverwirklichungen in einer Strafzumessung zusammengefasst werden.⁵⁶ Der Erscheinung der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen kann die h. L. also gar nicht Rechnung tragen, mit Ausnahme des Falles, dass auf die Berücksichtigung des einen Tatbestandes ganz verzichtet werden kann, weil sein Unrechtsgehalt vollständig in dem anderen enthalten ist. Das ist genau genommen nur bei der Spezialität im streng logischen Sinne der Fall. Diese ist deshalb die einzig legitime Form der Gesetzeskonkurrenz.

Aber daneben gibt es Fälle annähernder Spezialität, in denen die Unrechtsverwandtschaft der Tatbestände so offenkundig ist, dass es unangemessen erscheint, ihr Zusammentreffen genau so zu behandeln wie das von unrechtsfremden Tatbeständen. Das sind die Fälle der Konsumtion und der Subsidiarität.⁵⁷

55 Vgl. BGHSt 29, 288; BGH NJW 1980, S. 2718; BGH bei *Holtz*, MDR 1980, S. 988; OLG Karlsruhe, NJW 1977, 2222; dazu *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 212 ff., übernommen von *Werle*, NJW 1980, S. 2671 (2674 ff.), zust. *Lackner*, zu § 129, Anm. 7.

56 So ausdrücklich *Stratenwerth*, AT, Rn. 1177.

57 Hierher gehören auch einige Konstellationen, die oft fälschlich der Spezialität zugewiesen werden, wie das Zusammentreffen verschiedener Qualifikationen ei-

»Im Gegensatz zur echten Konkurrenz würde es dann dem Rechtsgefühl widersprechen, dem Täter einen *mehrfachen Schuldvorwurf* zu machen, obwohl nicht zweifelhaft sein kann, dass auch der verdrängte Tatbestand erfüllt ist. Der in der Deliktstypizität liegende notwendige Kompromiss zwischen Generalisierung und Individualisierung macht einen Ausgleich in der Weise nötig, dass das Gesamtgeschehen *als eine Einheit unter einem rechtlichen Gesichtspunkt gewertet wird*« (Hervorhebungen von mir). So charakterisiert *Vogler* die Gesetzeskonkurrenz und beruft sich dabei auch auf das Doppelverwertungsverbot.⁵⁸ Aber wie gezeigt trifft dies auf sehr viel mehr Fälle zu, als die h. L. zur Gesetzeskonkurrenz zählt, nämlich auf jedes Zusammentreffen unrechtsverwandter Tatbestände in den gleichen Individuen, also auf alle Fälle, auf die wir genau aus den von *Vogler* geschilderten Gründen die von § 52 angeordnete einheitliche Strafzumessung anwenden.

Für die h. L. aber bleibt eine unüberbrückbare Kluft zwischen dem Zusammentreffen verschiedener Unrechts- und Schuldvorwürfe in einer wertfrei bestimmten Handlungseinheitsbeziehung und der völligen Verdrängung eines Schuldvorwurfs durch den anderen. Will sie wenigstens die Fälle engster und offenkundigster Unrechtsverwandtschaft vom Zusammentreffen unrechtsfremder Tatbestände unterscheiden, so bleibt ihr eben nichts übrig, als sie der Gesetzeskonkurrenz zuzuweisen.

Aber auch da sind sie nicht am rechten Platz. Denn die vollständige Verdrängung des rezessiven Gesetzes, wie sie bei der Spezialität richtig und zur Ermöglichung von Privilegierungen notwendig ist, kann zu ungerechtfertigten Vorteilen für den Täter führen, wenn das verdrängte Gesetz im Dominanten nicht vollständig enthalten ist, sondern ihm einen, wenn auch noch so geringen Unrechtsgehalt hinzufügt, vor allem wenn es eben um dieses zusätzlichen Unrechts willen eine höhere Mindeststrafe vorsieht oder andere Nebenstrafen als das dominante.

nes Grundtatbestandes, vgl. RGSt 63, 243; 70, 357 (359); BGHSt 4, 113, 117; 10, 312 (315); BGH, LM zu § 73 a. F., Nr. 2; BGH GA 1975, 85; BayObLGSt 60, 285, zust. *Hirsch*, LK zu § 223 b, Rn. 23; *Lackner*, zu § 223 b, Anm. 8; Idealkonkurrenz nehmen dagegen an BGHSt GS, JZ 1975, 677 (679); *Geerds*, Konkurrenzen, S. 194 ff.; *Vogler*, FS Bockelmann, S. 722 f., teilweise auch *Schönke/Schröder-Stree*, Vor § 52, Rn. 111; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 317 f. Auch beim Zusammentreffen des Versuchs eines Qualifikationstatbestandes mit der Vollendung des Grundtatbestandes wird gelegentlich Spezialität angenommen, so von BGHSt 1, S. 152 (153 f.); *Geerds*, a.a.O., S. 171; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1201; Subsidiarität nehmen an BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248; BGH bei *Holtz*, MDR 81, S. 99; *Hirsch* ZStW 81, S. 929; Idealkonkurrenz BGHSt 10, 230; BGH LM zu § 73 a. F. Nr. 10; *Schönke/Schröder-Stree* Vor § 52, Rn. 124 ff.; *Eser*, ebenda zu § 212, Rn. 14; *Lackner* Vor § 52, Anm. V 1; *Vogler*, a.a.O., S. 724 ff.

⁵⁸ Vgl. FS Bockelmann, S. 721.

Um diesen Fehler wieder zu korrigieren, verlangt die h. L. für die Gesetzeskonkurrenz mit Ausnahme der Spezialität im strengen Sinne die Berücksichtigung der Mindeststrafe und der Nebenfolgen des verdrängten Gesetzes.⁵⁹ Damit ist sie genau bei der Strafraumenbestimmung, die für die Idealkonkurrenz gilt. Die Zuweisung dieser Fälle zur Gesetzeskonkurrenz erweist sich als ein Etikettenschwindel. Die Unterscheidung, die die h. L. zwischen Idealkonkurrenz einerseits und Subsidiarität und Konsumtion andererseits vornimmt, ist nicht nur unklar, vage und umstritten, sie ist vor allem verwirrend und gänzlich unfruchtbar.⁶⁰

Dagegen sind die Konstellationen der Subsidiarität und Konsumtion ohne weiteres einzuordnen, wenn man die Idealkonkurrenz als Unrechtsverwandtschaft bestimmt. Denn es gibt zwar verschiedene Grade der Unrechtsverwandtschaft, je nachdem, wie viele Unrechtselemente die Tatbestände gemeinsam haben, aber es ist nicht nötig, bei der Strafraumenbildung und der Tenorierung zwischen ihnen zu unterscheiden. Auch für die Fälle engster Unrechtsverwandtschaft ist, wie wir gesehen haben, die Strafraumenregelung des § 52 die richtige. Dass der Unrechtsgehalt, den die Erfüllung eines Tatbestandes der des anderen hinzufügt, verhältnismäßig gering sein kann, kann und muss bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Nach h. L. zeichnen sich alle Formen der Gesetzeskonkurrenz, also auch Subsidiarität und Konsumtion, vor der Idealkonkurrenz dadurch aus, »dass der Unrechts- und Schuldgehalt einer strafbaren Handlung schon nach einem der in Betracht kommenden Tatbestände erschöpfend bestimmt werden kann«. ⁶¹ Aber das trifft auch auf die Idealkonkurrenz zu. Denn wie gesagt, enthält jeder Tatbestand die nach seinem Unrechts- und Schuldgehalt in Betracht kommenden näheren Bestimmungen latent in sich und damit auch alle Merkmale unrechtsverwandter Tatbestände.

Aus ähnlichen Gründen macht der h. L. noch eine andere Konstellation von Tatbeständen Schwierigkeiten. Es ist möglich, dass ein Täter einen Schadenserfolg mit verschiedenen Mitteln erzielt, deren Einsatz zu diesem Erfolg

59 Vgl. BGHSt 1, 152 (153); 4, 113 (117); 10, 312 (315); 16, 122: 22, 248; BGH, GA 1975, 85; BGH, bei *Holtz*, MDR 1981, 99; BayOBLGSt 60, 285 (287); Schönke/Schröder-*Stree* Vor § 52, Rn. 103 und 141; *Vogler*, LK Vor § 52, Rn. 107; 113, 128, 142; *Samson*, SK Vor § 52, Rn. 59 und 78; *Dreher/Tröndle* Vor § 52, Rn. 23; *Lackner* Vor § 52, Anm. V 1; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1200 ff.; *Wessels*, AT, S. 177; anders nur *Geerds*, Konkurrenzen. S. 166 f.: kritisch zur h. L. auch *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 318 f.

60 Nach Schönke/Schröder-*Stree* Vor § 52, Rn. 103 ist die praktische Bedeutung der Unterscheidung von Ideal- und Gesetzeskonkurrenz »nahezu auf Null reduziert«.

61 So *Jescheck*, AT, S. 598; ähnlich *Baumann*, AT, S. 691; *Schmidhäuser*, AT, 18/23; *Stratenwerth*, AT, Rn. 1197; *Welzel*, LB, S. 233; *Vogler*, LK Vor § 52, Rn. 101; *Samson*, SK Vor § 52, Rn. 57; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 313; Schönke/Schröder-*Stree*, Vor § 52, Rn. 102.

nach verschiedenen Tatbeständen strafbar ist. Standardbeispiel sind der Trickdiebstahl, also die Erlangung einer Sache durch Wegnahme unter Täuschung, und der Erpressungsbluff, also die Herbeiführung einer Selbstschädigung durch Androhung eines Übels, das der Täter nicht herbeiführen kann oder will. Ausgehend von der Vorstellung, dass das Zusammentreffen gänzlich verschiedener Rechtsverletzungen in einer Handlung der Prototyp der Idealkonkurrenz sei, lehnt die h. L. hier Idealkonkurrenz ab, weil sonst *ein* Schadenserfolg, der Verlust der Sache bzw. das zur Abwendung des vermeintlich drohenden Übels gebrachte Vermögensoffer doppelt in Anrechnung gebracht wird, einmal als Gewahrsamsverlust beim Diebstahl, das zweite Mal als Schadenserfolg des Betrugers bzw. als Schadenserfolg erst der Erpressung und dann des Betrugers.

Um diese angebliche Doppelverwertung zu vermeiden, werden Exklusivitätspostulate aufgestellt, die man durch ergänzende Auslegung der Tatbestände zu erfüllen sucht. Es soll eben nicht sein, dass eine Schadensherbeiführung sowohl Diebstahl als auch Betrug oder sowohl Betrug als auch Erpressung ist. Dabei gibt es für den Gesetzgeber Gründe, das Verhältnis der Exklusivität zwischen Tatbeständen zu vermeiden, weil es in der Sache ungerechtfertigte Schwierigkeiten hervorruft, wenn ein Täter objektiv den einen und subjektiv den anderen der sich gegenseitig ausschließenden Tatbestände erfüllt.⁶² Der Reformgesetzgeber hat in neuerer Zeit solche Exklusivitätsverhältnisse durch Streichung von Tatbestandsmerkmalen abgeschafft.⁶³ Aus den oben dargestellten Gründen bemühen sich Lehre und Rechtsprechung nun, Exklusivitätsverhältnisse da zu schaffen, wo sie der Gesetzeswortlaut gar nicht erzwingt. Die Abgrenzung zwischen Diebstahl, Betrug und Erpressung gehört zu den am häufigsten bearbeiteten Problemen des BT. Trotz allen Scharfsinns und aller Phantasie, die man dafür aufgewendet hat, ein Zusammentreffen dieser Tatbestände in einen Schadenserfolg auszuschließen, hat man bisher keinen befriedigenden Weg dazu gefunden.⁶⁴

Die Abgrenzungsprobleme zwischen diesen Tatbeständen wären zwar nicht beseitigt, aber erheblich vereinfacht und entschärft, wenn man auf die Exklusivitätspostulate verzichten und sich mit der Möglichkeit der Idealkonkurrenz von Diebstahl und Betrug oder Betrug und Erpressung abfinden würde. Das macht aber keine Schwierigkeiten, wenn man die Idealkonkurrenz nicht als naturgegeben wertfreie Handlungseinheit, bei Verschiedenheit

62 Berühmtestes Beispiel: Der Entführer handelt gegen den Willen der Jugendlichen (§ 237), glaubt aber ihr Einverständnis zu haben (§ 236), oder umgekehrt. Genau genommen müsste er freigesprochen werden, nur weil entweder im objektiven oder subjektiven Tatbestand ein *entlastendes Merkmal fehlt (!)*, das Einverständnis der Entführten: näher dazu, *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 344 ff.

63 So im Verhältnis von § 331 und § 332 durch Streichung des Merkmals »an sich nicht pflichtwidrig« in § 331.

64 Zu den verschiedenen Versuchen im einzelnen *Puppe*, Einzelverbrechen, S. 347 ff.

des Unrechts und der Schuld, auffasst, sondern als Unrechtseinheit. Die Gefahr einer Doppelverwertung des Erfolges besteht dann nicht mehr.

Was ist eine Handlung i. S. von § 52?

Der Vorwurf liegt nahe, wir hätten unsere Konzeption der Idealkonkurrenz ziemlich unbekümmert um den Wortlaut des Gesetzes entwickelt, das für Idealkonkurrenz nun einmal Identität der Handlung verlangt und sonst nichts. Aber das Gesetz sagt uns nicht, was eine Handlung ist.⁶⁵ Sicherlich ging der Gesetzgeber des Jahres 1871 (und seine Vorgänger) von einem von Natur aus vorgegebenen Begriff der Einzelhandlung aus.⁶⁶ Er vermochte aber auch nichts daran zu ändern, dass uns weder die Natur noch die Physiologie einen solchen zur Verfügung stellt.⁶⁷ Auch die h. L. ist also genötigt, ihren

65 Mit seiner nach Fertigstellung dieses Manuskriptes erschienenen Dissertation »Die Konkurrenz bei Dauerdelikten. Fortsetzungstat und zeitlich gestreckten Gesetzesverletzungen« hat *Werle* die erste Kritik der hier vertretenen Konzeption der Idealkonkurrenz vorgelegt. Er kommt nun allerdings zu dem Ergebnis, dass sie mit dem positiven Recht unvereinbar sei, vgl. S. 128 ff., aber nicht, weil unter »einer Handlung« nicht auch das konkrete Einzelverbrechen im dargelegten Sinne verstanden werden kann, sondern weil ein konkretes Verbrechen, verstanden als tatbestandlich bestimmte Einheit von Handlung und Erfolg, nicht denselben Tatbestand mehrmals erfüllen kann. Das ist richtig, gilt aber mutatis mutandis auch für eine tatbestandsunabhängig bestimmte »natürliche« Handlung. Sie kann zwar mehrere Erfolge i. S. eines Tatbestandes haben, aber zur vollständigen Tatbestandserfüllung gehört ja auch die, auch nach dieser Konzeption bei der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz nur einmal gegebene Handlung. Die gesetzliche Formulierung der gleichartigen Idealkonkurrenz kann also auch die h. L. nicht wörtlich nehmen.

66 Nach *Werle* ergibt die historische Auslegung die gesetzliche Verbindlichkeit des bisher allgemein anerkannten Begriffs der naturgegebenen Handlungseinheit (Elementarhandlung) für die Bestimmung der Idealkonkurrenz, weil die Große Strafrechtskommission bei ihrer Diskussion und Ablehnung der Einheitsstrafe von diesem ausgegangen ist, vgl. S. 130 ff. Aber abgesehen davon, dass es mindestens zweifelhaft ist, die Große Strafrechtskommission als den historischen Gesetzgeber anzusehen, geht ein den Gesetzgeber beratendes Fachgremium naturgemäß in der Regel vom derzeitigen Stand der Wissenschaft aus, und darin allein kann noch kein verbindlicher und hinreichend zum Ausdruck gekommener Rechtsetzungswille gefunden werden, will man nicht die Dogmatik, jedenfalls soweit sie zu diesem Zeitpunkt unstreitig ist, auf dem betreffenden Stande einfrieren und jegliche Innovation als gesetzwidrig ausschließen.

67 *Werle* meint allerdings, der Sprachgebrauch stelle einen solchen allgemeinen Handlungsbegriff zur Verfügung, vgl. S. 123. Aber der Sprachgebrauch kennt nicht einen allgemeinen Handlungsbegriff, sondern hunderte. Ihre relative Eindeutigkeit gewinnt die h. L. von der Handlungseinheit, wie auch *Werle* zugesteht, nicht aus dem Sprachgebrauch, sondern aus der »Formel des RG«. Deren Ergebnis wird dann mit irgendeinem passenden und mehr oder weniger elementaren Hand-

Begriff der Handlungseinheit selbst zu prägen, und sie tat das seit RG 32, 137 und *Honigs* »Studien« durch die Formel von der mindestens teilweisen Handlungsidentität. Ohne einen Begriff von einer naturgegebenen Handlung lässt sich auf diese Weise, wie wir gesehen haben, eine Handlungseinheit zwar bilden, aber nur auf einer höheren Konstitutionsstufe und in einem komplizierten logischen Verfahren. Wie schon gesagt, ist eine Handlung i. S. von § 52 nach h. L. die Klasse aller Tatbestandsverwirklichungen, die mindestens zu einem Element der Klasse in einer Beziehung der (mindestens) teilweisen Bewegungsgleichheit stehen, also die transitive Hülle einer Teilgleichheitsrelation. Auch das hat sich der Gesetzgeber von 1871 sicher nicht unter einer Handlung i. S. von § 73 a. F. vorgestellt.

Wir unterscheiden uns auch insofern nicht von der h. L., als wir bei der Konstitution eines einzelnen konkreten Verbrechens nicht von der Handlung ausgehen, sondern von einer Tatbestandsverwirklichung, und von dieser her die tatbestandsmäßige Handlung bestimmen, eben als eine Diebstahls-, Tötungs-, Beleidigungs-, Täuschungshandlung u. ä. Wir bestimmen lediglich die Beziehung zwischen den Tatbestandsverwirklichungen nicht als eine wertfrei für alle Tatbestände gleiche Handlungs- oder Körperbewegungsteilgleichheit, sondern als tatbestandsspezifische Unrechtseinheit. Bilden die Verwirklichungen verschiedener Tatbestände eine Unrechtseinheit, so stößt der Richter bei der näheren Bestimmung des Unrechts eines jeden der Tatbestände, gleichgültig von welchem er ausgeht, auf alle anderen. So konstituieren sich konkrete Verbrechen, die mehrere Tatbestände erfüllen, wie ein Raubmord, eine beleidigende Körperverletzung, ein Betrug mit einer Falschurkunde, ein Erpressungsbluff. Wie bei dem konkreten Verbrechen, das nur unter einen Tatbestand fällt, ist die eine Handlung i. S. des § 52 der unter diesen Verbrechensbegriff subsumierbare Teil des Verhaltenskontinuums. Die Gliederung des Verhaltenskontinuums ist nicht der Ausgangspunkt der Konstitution des konkreten Einzelverbrechens, sondern ihr Ergebnis. Das kann nicht anders sein, wenn man keine naturgegebene Handlungseinheit akzeptiert, denn dann sind die Tatbestände des BT die einzig legitimen Gesichtspunkte, unter denen der Vorgang Verbrechen auf seine Einheitlichkeit hin beurteilt werden kann.⁶⁸

lungsbegriff der Umgangssprache bezeichnet, wie z. B. ein Schlag, ein Griff, aber auch eine Autofahrt oder ein Beischlaf.

68 *Werle* sieht hierin gleichwohl die Bedürfnisse der Rechtssicherheit vernachlässigt, vgl. S. 139. Nun ist es zweifellos einfacher und insofern sicherer, den Richter zur Feststellung der Handlungseinheit auf die Gleichzeitigkeit und für Einzelfälle als Korrektiv auf den Unterschied zwischen Händen und Füßen zu verweisen, als ihm schon hier eine Ausdifferenzierung des in den einschlägigen Tatbeständen vertypen Unrechts abzuverlangen. Aber in der Strafzumessung muss er diese ohnehin leisten und legitimieren. Hierbei könnte es sogar einen praktischen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten, diese Ausdifferenzierung mit der Bestimmung der Ide-

Bei alledem geht es nicht darum, dem Täter, der mehrere Strafgesetze durch eine Handlung erfüllt hat, deshalb eine Strafmilderung zu gewähren. So erklärt die h. L. das Institut der Idealkonkurrenz.⁶⁹ Aber wer zwei Menschen tötet, um sich mehrere wertvolle Sachen zuzueignen, muss deshalb nicht weniger strafwürdig sein, als wenn er eines der Opfer um des einen, das andere bei einer anderen Gelegenheit um eines anderen Beutestücks willen umgebracht hätte. Nur ist eine gesonderte Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts beider Morde im ersten Fall unmöglich, weil bei beiden die Erlangung der gleichen Beutestücke als Unrechtselement und das Streben danach als Schuldmoment den Charakter des deliktischen Gehalts auch und gerade als Mord mitbestimmt. Von der Vorstellung, dass es beim Unterschied zwischen Real- und Idealkonkurrenz um eine Schuldifferenz und eine Straf-ermäßigung gehe, muss man sich also frei machen. Es geht lediglich darum, wann die an den gesetzlichen Tatbeständen orientierte Unrechts- und Schuldbestimmung eine gemeinsame Beurteilung der Verwirklichungen mehrerer Tatbestände gebietet und wann eine getrennte.

alkonkurrenz zu verknüpfen, denn damit würde die Diskussion der Zulässigkeit von Unrechtsdifferenzierungen auch eine Aufgabe der Literatur zum Besonderen Teil des Strafrechts, insbesondere der Kommentare, wie es die Frage nach der Gesetzeskonkurrenz von Tatbeständen bereits ist.

⁶⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

Strafrecht als Kommunikation Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik

(Festschrift für Gerald Grünwald 1999, 469–494)

»Aber vergessen wir nie, daß es auch Zeichen gibt, die nur scheinbar etwas bedeuten, in Wahrheit aber ganz sinnlos sind, wie *blitiri* oder *bu-ba-baff*...« »Es wäre gräßlich«, sagte ich, »einen Menschen zu töten, um nichts als *bu-ba-baff* zu sagen!« »Es wäre auch gräßlich«, versetzte Wiliam, »einen Menschen zu töten, um *Credo in unum Deum* zu sagen...«

Umberto Eco,
Der Name der Rose

Omnis mundi creatura quasi liber et scriptura¹

Der Mensch ist ein zeichenverarbeitendes System. Ohne diese Fähigkeit, also die Fähigkeit der Deutung von Sinnesreizen als Zeichen für etwas nach einem vorgegebenen Deutungsschema, Code, ist nicht die einfachste Wahrnehmung von Umwelt, geschweige denn eine Orientierung in dieser oder ein geordnetes Verhalten zu ihr möglich. Das gilt auch für die Wahrnehmung des Verhaltens anderer, das auf verschiedenen Ebenen nach verschiedenen Codes gedeutet wird, von der Konstitution des Sinneseindrucks aus so genannten Sinnesreizen, über die Anwendung ererbter Codes in der nonverbalen Kommunikation, konventionell festgelegter in der verbalen Kommunikation, bis zu psychologischen Deutungsmustern und moralischen Wertungen. Die Reaktion auf ein solches Verhalten, sei es durch einzelne, sei es durch öffentliche Institutionen, ist, was immer sie sonst sein mag, jedenfalls auch Informationsverarbeitung und sie wird ihrerseits wiederum als Information, also als

1 *Umberto Eco*, Der Name der Rose, aus dem Italienischen von *Burkhard Kroeber*, S. 138

Freies Zitat des Anfangs eines Gedichts, das Alanus ab Insulis (*Allain de Lille*, Französischer Scholastiker, circa 1120 bis 1203) zugeschrieben wird. Originaltext: *Omnis mundi creatura quasi liber et pictura*, aaO S. 34

Zeichen für etwas verarbeitet. Diese Verarbeitung als Information beschränkt sich keineswegs auf die Codes, die die Beteiligten bewusst zur Übermittlung von Informationen angewandt haben. Das Deutungsschema Kommunikation passt also auf alles, was unter Menschen geschieht.

In der heutigen Strafrechtsdogmatik ist in den verschiedensten Zusammenhängen von Kommunikation, von Zuschreibung, Interpretation und Sinn die Rede, kaum einmal aber davon, wie Kommunikation überhaupt funktioniert. Aber nur unter Berücksichtigung der Grundgegebenheiten von Kommunikation ist es möglich, die Begründungsleistungen dieses neuen Paradigmas und deren Grenzen einzuschätzen. Das soll hier anhand einiger markanter Anwendungen des Paradigmas Kommunikation in der Strafrechtsdogmatik versucht werden.

»Strafe ist, isoliert genommen, nichts als ein Übel, und sieht man auf die äußere Folge von Tat und Strafe, so ergibt sich nach *Hegels* bekanntem Wort die unvernünftige Sequenz zweier Übel. Erst im kommunikativen Verständnis der Tat als normwidersprechende Behauptung und der Strafe als normbesitzende Antwort mag sich ein unumgehbarer und in dem Sinne vernünftiger Zusammenhang zeigen. ...Die Leistung des Strafrechts besteht darin, dem Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen«, so heißt es in explizitem Anschluss an *Hegel* bei *Jakobs*.² Eine solche kommunikative Rechtfertigung der Strafe ist absolute ab effectu, denn »die Sanktion hat nicht einen Zweck sondern ist selbst Zweckerfüllung, scil. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft«. ³ Diese Bestätigung der »Identität der Gesellschaft ist nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung«. ⁴ Die Funktion der Strafe in diesem Modell besteht also ausschließlich darin, Zeichen für die Unverbrüchlichkeit der Norm zu sein, ihre Rechtfertigung ist also unabhängig davon, ob sie darüber hinaus positive Effekte auf den Täter oder die Mitglieder der Gesellschaft hat oder nicht. Die Strafe ist danach einer Kritik, sie sei im Einzelfall oder generell zwecklos, von vornherein nicht ausgesetzt. Aber abgesehen davon, dass eine in diesem Sinne absolute Rechtfertigung der Strafe gesellschaftspolitisch und moralisch vielleicht gar nicht erstrebenswert ist, stellt sich die Frage, ob die Deutung der Strafe ausschließlich als Zeichen für die Unverbrüchlichkeit der Norm zu rechtfertigen vermag, dass die Strafe für den Täter ein Übel ist. Denn mit dem Anspruch, die Strafe gerade als Übel zu rechtfertigen, sind sowohl *Hegel* als auch *Jakobs* angetreten.

2 *Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem« Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 843, 844; ähnlich *Kindhäuser*, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, in: Herausforderung an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?, S. 77 ff.

3 *Jakobs*, Norm – Person – Gesellschaft (1997), S. 106; ähnlich *ders.* ZStW 107 (1995), S. 843, 844.

4 *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 843, 845; vgl. auch schon in AT 1/10 f.

Einige Grundbegriffe der Zeichentheorie

Hegel verfügte noch nicht über eine Wissenschaft vom Zeichen (Semiotik) und eine Kommunikationstheorie, wie wir es heute tun. Um die Frage zu beantworten, ob der Zeichencharakter der Strafe ihren Übelscharakter rechtfertigen kann, muss man sich Klarheit darüber verschaffen, was ein Zeichen mit seiner Bedeutung verknüpft. Die intuitive Vorstellung ist verbreitet, dass ein Zeichen seine Bedeutung in sich trage, wie ein Gefäß seinen Inhalt und dass diese Bedeutung, eben wie der Inhalt mit dem Gefäß vom Sender zum Empfänger transportiert werde. Durch die Eigenschaft, eine Bedeutung zu tragen, unterscheidet sich das Zeichen, insbesondere das »sinnvolle Menschenwort« von natürlichen Phänomenen, es »spricht zu jedem«.⁵ Das Zeichen trage, so glaubte *Platon*⁶, seine Bedeutung kraft seiner Ähnlichkeit mit dieser. Danach mag sich der Übelscharakter der Strafe als Signal mit der Notwendigkeit einer Ähnlichkeit mit dem Übelscharakter der Missbilligung erklären, die sie bedeuten soll. Aber die Platonische Lehre von der Ähnlichkeit als Grund der Beziehung zwischen Zeichen und Bedeutung wird heute allgemein abgelehnt.⁷ In Wahrheit ist die Bedeutung weder im Zeichen ent-

5 So z. B. *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, BT, 2. Aufl. (1904)

Bd. 2, S. 180. Die noch heute h.L. im Strafrecht sieht den Unterschied zwischen einem menschlichen Zeichen, z. B. einer Urkunde, und einem als Indiz für eine Tatsache verwendeten Augenscheinsobjekt darin, dass das Augenscheinsobjekt nicht »erklärt«, sondern erklärt werden muss (*Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 65/16), während die Urkunde einen »gedanklichen Inhalt« hat und »nicht nur durch ihre sinnliche Wahrnehmung, sondern vermöge ihres Inhaltes auf die Vorstellung wirkt« (*Schönke/Schröder-Cramer*, § 267, Rn. 4); dazu weitere Nachweise und Kritik bei *NK-Puppe*, § 267, Rn.14 f; *dies.*, Die Fälschung Technischer Aufzeichnungen (1972), S. 16 ff.

6 *Platon*, »Kratylos« zitiert nach der Ausgabe Meinert 1918 in der Übersetzung von *Otto Apelt*.

Die Argumentation des Platonischen Sokrates beruht darauf, dass nicht sorgfältig getrennt wird zwischen einem Namen (Wort) und seinem Sinn. Sätze können wahr oder falsch sein, Sätze bestehen aus Worten, also können auch Worte wahr oder falsch sein (S. 39 f., S. 43 f.). Nach anfechtbaren Vergleichen der Worte mit Handwerkzeugen (Weberschiffchen, Bohrer) die passend oder unpassend für ihren Zweck sein können, werden Personennamen von Heroen und Göttern untersucht. Diesen Namen wird dann durch etymologische Ableitung zunächst eine Eigenschaft als Bedeutung zugewiesen, um dann deren Richtigkeit als Bezeichnung der Person damit zu belegen, dass dieser Person jene Eigenschaft tatsächlich zukommt (S. 53 ff.). Deutlicher kann kaum demonstriert werden, wie verhängnisvoll sich eine Konfusion zwischen Signal und Sinn in der Analyse von Kommunikation auswirken kann.

7 Vgl. *Kutschera*, Sprachphilosophie (2. Auflage, 1975) S. 32 ff.; *Keller*, Zeichentheorie (1995) S. 22 ff.

halten, noch wird sie durch das Zeichen vom Sender zum Empfänger transportiert, sie wird vielmehr von Sender und Empfänger unabhängig voneinander dem Zeichen verliehen.⁸ Das Funktionieren von Kommunikation, also die Übermittlung einer Nachricht vom Sender zum Empfänger hängt nicht von irgendeiner Ähnlichkeit ab, sondern ausschließlich davon, dass beide dem Zeichen die gleiche Bedeutung zuordnen, also den gleichen Code anwenden.

Es werden drei Funktionsebenen des Zeichens unterschieden, die syntaktische, die semantische und die pragmatische.⁹ Unter der syntaktischen Ebene liegt noch eine technische, mit der sich die Zeichentheorie nicht befasst. Hier geht es um die physikalischen Eigenschaften des Signals, um dessen Übertragung und Störung und um den Kanal. Auf der syntaktischen Ebene geht es um den richtigen Umgang mit einem Zeichensystem, gewissermaßen um seine Grammatik. Dazu gehört auch die formale Logik. Auf der semantischen Ebene geht es um die Nachricht, um Bedeutung und Sinn des Zeichens. Auf der pragmatischen Ebene geht es um das praktische Verhalten, das mit dem Gebrauch eines Zeichens erreicht wird oder erreicht werden soll. Auf der semantischen Ebene unterscheidet man zwischen dem Sinn, der Intension und der Bedeutung, der Extension eines Zeichens. Auf diese Unterscheidung, die nicht in wenigen Worten zu erklären ist,¹⁰ können wir hier verzichten, denn, wenn im Zusammenhang mit der Deutung von Verbrechen und Strafe als Zeichen von Sinn oder Bedeutung die Rede ist, so ist immer nur Sinn, also Intension gemeint.¹¹ Wir können diesen Sprachgebrauch hier ohne Schaden übernehmen. Wenn also im Folgenden von Bedeutung die Rede ist, so ist stets Intension, also Sinn gemeint.

Dagegen werden wir eine andere Unterscheidung brauchen, die zwischen Zeichen und Signal. Als Signal wird in der Zeichen- und Informationstheorie das physikalische Phänomen bezeichnet, das zur Speicherung oder Übertragung einer Nachricht, also eines Sinns bzw. einer Bedeutung verwendet wird.

8 Vgl. etwa *Keller, Zeichentheorie* (1995), S. 113 ff.; *Eco, Einführung in die Semiotik* (*Le struttura assente*, 1968), S. 57 ff.

9 *Morris, Foundations of the Theory of Signs*; übersetzt von *Roland Posner, Grundlagen der Zeichentheorie* (1972), S. 23 ff.; *ders., Signs, language and behaviour* (1946), deutsch: *Zeichen, Sprache und Verhalten*, nach der Ausgabe von 1955, übersetzt von *Eschbach u. Kopsch*, S. 324 ff.; zusammenfassend *Kutschera, Sprachphilosophie*, S. 30.

10 *Carnap, Meaning and necessity* (2. Auflage, 1955); *Frege, Über Sinn und Bedeutung in Funktion, Begriff, Bedeutung, fünf logische Studien*, von Gottlieb Frege, Herausgeber G. Patzig (1969); *Keller, Zeichentheorie*, S. 43 ff.

11 Der Sinn eines Satzes ist ein Gedanke (*Frege*), eine Proposition (*Carnap*). Die Bedeutung eines Satzes ist der Wahrheitswert, wahr oder falsch. Wenn also etwa bei *Jakobs, ZStW 107* (1995) S. 843, 845, von der »Bedeutung« des Strafverfahrens und der Strafe als Symbol für die Normbestätigung die Rede ist, ist natürlich kein Wahrheitswert gemeint, sondern ein Gedanke, also Sinn.

Dagegen wird Zeichen die Gesamtheit von Signal und Bedeutung genannt, also das, was im Zusammenhang mit der kommunikativen Rechtfertigung der Strafe auch als Symbol bezeichnet wird. Welche Gestalt ein Signal hat, ob es beispielsweise optisch, akustisch, elektromagnetisch, elektronisch oder mechanisch ist, ist für seine Funktion als Träger einer Nachricht gleichgültig. Die Bedeutung des Zeichens ergibt sich aus dem Code, nach dem dieses interpretiert wird, nicht aus seiner »Natur«. Das Signal ist, so ein allgemein anerkannter Lehrsatz der Zeichentheorie, »arbiträr«.¹²

Trotzdem ist die Anwendung eines Codes auf ein Signal natürlich nicht beliebig, sonst wäre es auch die Information. Es gibt verschiedene Gründe, einen bestimmten Code auf ein Signal anzuwenden. Der einfachste davon ist die Annahme, dass ein anderes informationsverarbeitendes System, das dieses Signal gesendet hat, diesen Code anwendet. Sofern man wissen will, welche Nachricht dieses andere System gesendet hat, wendet man diesen Code ebenfalls an. Ein anderer Grund für die Anwendung eines Codes ist die Annahme, dass man durch ihn zu wahren Aussagen über die Umwelt gelangt. Bei der Interpretation natürlicher Zeichen, so genannter Anzeichen oder Indizien, wird diesen beispielsweise als Bedeutung ein Sachverhalt zugeordnet, von dem man nach Erfahrungssätzen annimmt, dass er das Anzeichen verursacht hat oder sonst mit seinem Auftreten notwendig verknüpft ist.¹³ Es sind also ausgerechnet diese natürlichen Zeichen, die am ehesten Anspruch darauf haben, von Natur aus etwas zu bedeuten, weil bei ihnen die Verknüpfung zwischen Signal und Bedeutung nicht beliebig ist, während wir gerade bei den natürlichen Zeichen am wenigsten geneigt sind, ihnen eine Bedeutung von Natur aus zuzusprechen.

Das Verbrechen als Zeichen

Mit welchem Recht verleihen wir also einer Straftat die Bedeutung einer Behauptung der Ungültigkeit der verletzten Norm? Die einfachste Rechtfertigung dafür wäre, dass der Täter selbst die Tat zum Zeichen dieser Behauptung begangen hat. So hat etwa Gandhi gehandelt, als er zum Zeichen für den

12 Aus der maschinellen Verarbeitung und Umformung von Signalen ist dies allgemein bekannt. Zwar gibt es ikonische Zeichen, die einen Teil ihrer Bedeutung durch Abbildung, also Ähnlichkeit ausdrücken, so etwa Verkehrszeichen, aber wie auch Verkehrszeichen beweisen, hängt ihre Funktionsfähigkeit als Zeichen von solcher Ähnlichkeit überhaupt nicht ab. Welche Ähnlichkeit hat etwa eine kreisförmige weiße Fläche mit rotem Rand mit dem Verbot, eine Straße zu befahren? Die nicht abbildenden, sog. symbolischen Zeichen sind »arbiträr«, *Keller, Zeichentheorie* (1995) S. 128 ff.; *Linke/Nußbaumer/Partmann, Studienbuch Linguistik* (2. Auflage, 1994) S. 33.

13 *Keller, Zeichentheorie* (1995) S. 113 ff.; vgl. dazu auch *Puppe, Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, S. 27 ff.

Beginn eines allgemeinen zivilen Ungehorsams gegen die englische Kolonialherrschaft das englische Salzmonopol verletzte. Aber selbst Täter, die der Norm ihren Respekt verweigern, begehen meist nicht deshalb die Tat, um dies auszudrücken. Viele Frauen, die in den siebziger Jahren abgetrieben haben, haben das Abtreibungsverbot nicht anerkannt, aber sie haben nicht abgetrieben, um dies kommunikativ zum Ausdruck zu bringen. Schutzgelderpresser oder Zuhälter begehen an ihren Opfern Straftaten wie Sachbeschädigung und Körperverletzung zum Zeichen dafür, dass sie deren Eigentum und körperliche Integrität und womöglich gar deren Leben nicht achten wollen, aber dieses Zeichen soll nur von ihren Opfern verstanden werden. Im übrigen sind sie weit davon entfernt, sich dazu zu bekennen. In der Regel will der Täter mit der Tat nicht den Sinn zum Ausdruck bringen, dass die Norm nicht gilt oder dass sie in der einzelnen Situation für ihn nicht gilt, er denkt während der Begehung der Tat dies in der Regel auch nicht, er denkt vielmehr jedenfalls in diesem Moment überhaupt nicht über die Gültigkeit der Norm nach. Er hat sich für den Moment aus der Verantwortung für die Normgemäßheit seines Verhaltens gewissermaßen ausgeklinkt.

Aber diese Weigerung des Täters, sein Verhalten als Ausdruck einer Handlungsmaxime zu interpretieren, kann nicht akzeptiert werden, weil und solange er Adressat von Normen ist. Auch wenn er sich für seine Tat nicht verantworten will, wird er zur Verantwortung gezogen, indem sein Verhalten als Ausdruck einer der Norm widersprechenden Handlungsmaxime interpretiert wird. Dieser Code wird ihm also von außen aufgezwungen. Dies geschieht durch den in seinem normativ geschützten Anspruch Verletzten und durch die Gemeinschaft, in der sich der Täter mit seiner Tat bewegt hat. Ein unverzichtbarer Teil der Erziehung des Kindes zur Verantwortung und der Spezialprävention eines Delinquenten besteht darin, ihn dazu zu bringen, dass er diese Interpretation seines Handelns als Ausdruck einer Maxime und zwar einer falschen für sich anerkennt. Was man im gesellschaftlichen Verkehr Entschuldigung nennt und vom Verletzer einer gesellschaftlichen Norm, beispielsweise nach einer öffentlichen Beleidigung erwartet, ist eben diese Anerkennung. Auch in diesem Sinne gilt, wer sich entschuldigt, klagt sich an. Die Verweigerung dieser Anerkennung durch Übergehen oder Bagatellisieren des Normbruchs stört oft die Gemeinschaft mit dem Beleidiger tiefer und nachhaltiger als es die Beleidigung selbst getan hat. Die Deutung des Täterverhaltens als Zeichen für eine der Norm widersprechende Handlungsmaxime ist also legitim, auch wenn sie von außen an dieses Verhalten herangetragen wird.

Die Strafe als Zeichen

Im Gegensatz zur Interpretation der Tat als Zeichen für eine mit der Norm unvereinbare Handlungsmaxime ergibt sich die Interpretation der Strafe als

Zeichen für die Gültigkeit der Norm schon daraus, dass der Handelnde, also der Richter, der die Strafe verhängt, sie als Zeichen zur Übermittlung dieser Nachricht gebraucht. Trotzdem genügt dieser Gebrauch nicht zur Rechtfertigung dieser Interpretation, denn Strafe ist nicht allein als Ausdrucksverhalten einer Einzelperson zu rechtfertigen, auch wenn diese ein Funktionsträger ist. Aus der Interpretation des Täterverhaltens als Zeichen für eine mit der Norm unvereinbare Handlungsmaxime ergibt sich aber die Notwendigkeit, die Gültigkeit der Norm gegen diesen Widerspruch zu behaupten. Das ist der »unhintergehbare Zusammenhang« zwischen Verbrechen und Strafe, der nach *Jakobs* eine absolute Rechtfertigung der Strafe trägt. Aber auch eine Strafe, die nicht absolute ab effectu sein soll, muss in diesem Sinne interpretiert werden. Sonst hat sie für den Täter, das Opfer und die anderen Bürger eben keinen Sinn, sondern nur eine praktische Relevanz. Diese besteht darin, dass es unvorteilhaft ist, einer Norm zuwiderzuhandeln und sich dabei erwischen zu lassen. Spezialprävention wie Generalprävention verkommen zur Dressur.

Es gibt also »im kommunikativen Verständnis« einen »unumgehbaren Zusammenhang« zwischen Verbrechen und Strafe, aber da dieser Zusammenhang hier lediglich auf der kommunikativen Ebene als Sinnzusammenhang hergestellt ist, ist die Strafe in ihrer realen Erscheinung, als Statusminderung, als Verlust von Rechten und Handlungsfreiheiten, kurz als Übel noch nicht gerechtfertigt. Denn die realen Eigenschaften der Verkörperung des Zeichens, des Signals, dem ein Sinn zugeordnet wird, sind auf der kommunikativen Ebene arbiträr. Deshalb kann keine Auswirkung eines Verhaltens außerhalb der Kommunikation allein damit gerechtfertigt werden, dass diesem Verhalten oder seinen Auswirkungen innerhalb eines kommunikativen Prozesses ein bestimmter Sinn beigelegt wird.

Jakobs stellt denn auch die Frage: »Warum reicht nicht die Feststellung hin, an ihr Verhalten (das normwidrige Verhalten der Person) sei nicht anzuschließen?« Er beantwortet sie wie folgt: »Die Bedeutung dieses Verhaltens (als Widerspruch gegen die Norm) wird von ihm also nicht bloß symbolisch objektiviert, sondern durch die bereits nach der Behauptung gestaltete äußere Welt der Personen. Bei dieser Lage wäre die isolierte Erklärung, an die Tat sei nicht anzuschließen, schwächer objektiviert, als es die Tat selbst ist: So wie die Tat die äußere Welt der Personen endgültig gestaltet (oder dazu ansetzt), muss auch die Reaktion auf die Tat endgültig gestalten, was heißt, Anschluss effektiv unmöglich machen ... und somit in der äußeren Welt dauerhaft werden. Mit einer Abschreckung oder Erziehung oder Sicherung des Normbrechers oder anderer Personen hat dies nichts zu tun. ... Das Maß der Strafe hat sich demgemäß nach dem Maß der in der Tat objektivierten Leug-

nung von Personalität zu richten.«¹⁴ Aber die normwidrige Gestaltung der Welt der Personen ist eine Tatsache, die durch keine Reaktion aus der Welt zu schaffen ist, ebensowenig wie die Rechtsgutsverletzung. Ist es nun eine Objektivierung der Maßgeblichkeit der Normen, dass die Wirklichkeit ein zweites Mal den Normen zuwider gestaltet wird, indem dem Täter normativ garantierte Positionen genommen werden? Für die normgemäße Gestalt der Wirklichkeit der Gesellschaft ist die partielle Missachtung einer Norm durch den Täter gefolgt von einer partiellen Suspendierung einer Norm zu seinen Lasten nichts als eine unvernünftige Sequenz zweier Übel.

Eine andere Frage ist, ob diese Form der kommunikativen Vermittlung der Nachricht, dass die Norm weiterhin gilt, notwendig ist, damit diese Nachricht von den Adressaten im gewünschten Sinne verarbeitet wird, damit diese also weiterhin die Norm als maßgebliches Orientierungsmuster für ihr eigenes Verhalten und ihre Verhaltenserwartungen zugrunde legen. Diese Frage gehört nicht mehr der semantischen, sondern der pragmatischen Ebene der Kommunikation an. *Jakobs* betritt diese pragmatische Ebene nicht. Er lehnt jedes Verständnis der Strafe als Mittel der Förderung tatsächlicher Normbefolgung mit folgenden Worten ab: »Was Vergewisserung der Gesellschaft über ihre wirkliche Lage ist, erscheint dann als mehr oder weniger geglückte Lenkung individuellen Verhaltens. Aber solche Deutungen zeugen von einem oberflächlichen Blick; denn Personen werden von der Gesellschaft nicht gelenkt, sondern konstituiert, und wenn es bei der formellen Konstitution bleibt, wird, so die Norm wirklich ist, durch Wegnahme der Mittel leiblichen Verhaltens das materiell Normgemäße als allein anschlussfähige Gestalt bestätigt. Solange diese Bestätigung erfolgt, ist es für die Fortdauer der Wirklichkeit der Gesellschaft ohne jeden Belang, ob weitere Effekte eintreten.«¹⁵

Strafe als Kommunikation auf der pragmatischen Ebene

»Öffentliche Strafe findet statt, um das Verbrechen als Verbrechen zu bezeichnen, was heißt, als Bestätigung der normativen Verfaßtheit der Gesellschaft.... Wieso sollte sich die Gesellschaft der Illusion hingeben, sie verhüte Verbrechen? Ihre Gestalt wird bestätigt und bleibt maßgebliches Orientierungsmuster.... Verhütet wird also die Erosion der wirklichen normativen Gestalt der Gesellschaft«, sagt *Jakobs*.¹⁶ Aber wie soll die Strafe als Zeichen diese Erosion verhüten? Da wir nicht mehr in einem magisch bestimmten Weltbild leben, ist eine nur symbolische Handlung, eine Handlung als Zeichen mit der Bedeutung einer kontrafaktischen Beschwörung der Normgül-

14 *Jakobs*, Norm – Person – Gesellschaft, S. 105; ebenso in: *Kritisches Jahrbuch der Philosophie* 1998, 29 (36).

15 Norm – Person – Gesellschaft (1997), S. 106 f.; vgl. auch *ZStW* 107 (1995) 843, 844 f.

16 *Kritisches Jahrbuch der Philosophie* 1998, 29 (32).

tigkeit, auch wenn sie für den Täter ein durchaus reales Übel ist, dazu nicht geeignet. Eine Gesellschaft, die sich gar nicht erst anheischig macht, die Befolgung ihrer Normen auch faktisch wenigstens teilweise durchzusetzen, sondern lediglich den Normbruch zum Anlass nimmt, ein Ritual der Selbstvergewisserung über die weitere Gültigkeit der Norm zu vollführen, macht sich unglaublich, wenn nicht gar lächerlich. Eine Gesellschaft, die erst gar nicht versucht, den Bürger vor Normverletzungen anderer zu schützen, kann vom Bürger keine Befolgung ihrer Normen verlangen¹⁷ und auch kein Normvertrauen. Das erste wäre eine Zumutung, das zweite eine Dummheit.

Der Bürger hat einen rationalen Grund, die Strafe als Zeichen für die fortdauernde Gültigkeit der vom Täter verletzten Norm zu interpretieren, wenn er annimmt, dass die Strafe dazu geeignet ist, diesen Täter oder andere an einer künftigen Verletzung dieser Norm zu hindern. Dann würde der rational denkende Bürger diese Interpretation sogar unabhängig davon vornehmen können, ob der Richter oder die »Gesellschaft« die Strafe als Zeichen für die fortdauernde Gültigkeit der Norm gesetzt hat. Sie wäre nämlich dann schon ein natürliches Zeichen im oben dargestellten Sinne, ein Anzeichen für die fortdauernde Gültigkeit der Norm.

Ob aber die Strafe überhaupt zur Spezialprävention oder Generalprävention geeignet ist, ist nach wie vor umstritten. Deshalb kann der strafende Staat sich auf diesen Code zur Rechtfertigung der Strafe nur dann stützen, wenn er selbst von der Eignung der Strafe zur Verhinderung weiterer Straftaten überzeugt ist. Ist er es nämlich nicht, so läuft seine Verwendung dieses Codes auf eine Täuschung der Bürger hinaus. Sie sollen durch ein »symbolisches Strafrecht« davon überzeugt werden, dass der Staat nicht nur willens, sondern auch fähig sei, die Befolgung seiner Normen durch die Strafe wenigstens teilweise durchzusetzen.¹⁸ Eine solche auf Täuschung des Kommunikations-

17 »Es versteht sich, daß die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän solange und nicht länger dauert, wie die Macht dauert, mit deren Hilfe er sie schützen kann. Denn das Recht, das die Menschen von Natur aus haben, sich selbst zu schützen, wenn niemand anders sie zu schützen vermag, kann durch keinen Vertrag aufgegeben werden. ...Der Zweck des Gehorsams ist Schutz;« so heißt es bei *Thomas Hobbes*, dem ersten Theoretiker des absoluten Staates, im *Leviathan*, zitiert in der Übersetzung von *Jutta Schlösser*, Lizenzausgabe für die Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1996, XXI. Kapitel, S. 187. Ob das auch für den Fall gelten soll, dass der Staat einem einzelnen Bürger wegen eines Verbrechens den Schutz entzieht, ihn also zum Tode verurteilt, wie *Hobbes* meint, kann hier dahingestellt bleiben. Hier geht es nur um die Frage, mit welchem Recht ein Staat noch Gehorsam oder Respekt vor seinen Normen fordern kann, der es nicht mehr als seine Aufgabe anerkennt, den Bürger vor Normverletzungen zu schützen, sei es, weil er das nicht kann, oder, weil er es nicht will.

18 So eine kritische Deutung gewisser Teile des Strafrechts bei *Amelung*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von *Roxin*, JZ 1982, S. 617 ff. und

partners basierende Verwendung eines Codes ist instrumentelle, keine personale Kommunikation.¹⁹ Ohne die Voraussetzung einer spezialpräventiven oder generalpräventiven Wirkung der Strafe kommt also auch deren Rechtfertigung als Zeichen für die Unverbrüchlichkeit der Norm in einem kommunikativen Paradigma nicht aus.

Ein Grund dafür, dass die Strafe ein Übel sein muss, um auf der pragmatischen Ebene der Kommunikation als Zeichen für die Gültigkeit der Norm vom Bürger akzeptiert zu werden, ist der folgende: Der Täter erreicht oder erstrebt doch mindestens durch den Normbruch Vorteile, sei es Vermögensgewinn, Lustgewinn oder Abfuhr von Aggressionen. Wenn es dabei bleibt, so untergräbt dies die Normbefolgungsbereitschaft der ursprünglich rechtstreuen Bürger. Denn diese erwarten, dass die Missachtung der Norm dem Täter per saldo Nachteile einträgt. Wenn sie nicht gerade Märtyrer der Legalität sein wollen, so werden sie sich fragen, ob sie nicht töricht handeln, indem sie die Norm weiterhin befolgen und die Vorteile ihrer Missachtung anderen überlassen.

Tritt der prinzipiell rechtstreue Bürger mit dem Normbrecher in einen Konkurrenzkampf, wie beispielsweise in der Wirtschaft, im Sport oder auch im Straßenverkehr, so kann die Vorteilhaftigkeit der Normverletzung ihn nachgerade dazu zwingen, die Gleichheit wieder herzustellen, indem er seinerseits die Norm ebenfalls verletzt. Dies rechtfertigt übrigens auch Sanktionen gegen juristische Personen, die am wirtschaftlichen Konkurrenzkampf teilnehmen.

Aber abgesehen von diesem Zwang wird es eben als ungerecht empfunden, wenn die Normverletzung dem Täter auf die Dauer Vorteile einträgt, auf die der normtreue Bürger verzichten soll. Aus dieser Ungleichheit zieht der Bürger am Ende die Konsequenz, dass die Norm, mag sie auch auf dem Papier gelten, in der Praxis keinen Anspruch auf Befolgung mehr hat. Der Niedergang der Steuermoral und die Ausbreitung der Korruption bieten dafür anschauliche Beispiele. Diese Konsequenz ist auch rechtens. Ein Gesellschaftssystem, dem die Vorteilhaftigkeit der Normverletzung immanent ist, kann wie gesagt weder auf die Normbefolgung noch auf Normvertrauen Anspruch erheben. Zur Wiederherstellung der Gleichheit, dem Täter den erlangten Vorteil wieder abzunehmen, ist nur bei Vermögensvorteilen möglich und wäre auch bei diesen nur hinreichend, wenn jeder Täter dingfest gemacht würde. Die Chance, die der Täter schon durch die Tat erlangt, unentdeckt zu bleiben, kann nur dadurch ausgeglichen werden, dass die Entde-

Hassemer, Warum und zu welchem Ende strafen wir?, ZRP 1997, S. 316 ff.; *ders.*, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, StV 1995, S. 483 ff.

¹⁹ Vgl. dazu *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldbegriffs (1993), S. 81; zum Unterschied zwischen personaler und instrumentaler Kommunikation auch *Jakobs*, ZStW 107 (1995) S. 843, 867 ff.

ckungsgefahr das Risiko eines über den Tatgewinn hinausgehenden Verlustes impliziert. So lässt sich kommunikationstheoretisch erklären, dass die Strafe ein Übel sein muss, wenn sie als Zeichen für die fortdauernde Gültigkeit der Norm nicht nur registriert, sondern ihre Botschaft auch geglaubt werden soll.²⁰ Die erwartungssichernde Funktion der Sanktion läuft, soweit sie überhaupt etwas anderes ist als ein Reflex ihrer verhaltensleitenden Funktion auf nichts anderes hinaus als auf die Befriedigung eines Vergeltungsbedürfnisses. Nur weil dieses Bedürfnis bei Verletzung einer Norm auftritt, kann das Ausbleiben von Vergeltung überhaupt destabilisierend auf die Verhaltenserwartung wie auf die Verhaltensleitung wirken.

Das rechtsethische Problem der Kommunikation durch Strafe

Eine Rechtfertigung dieser Methode, Denken und Handeln durch Zeichen zu beeinflussen ist daraus aber nicht schon dann ableitbar, wenn das Vergeltungsbedürfnis nur als Faktum registriert und instrumentalisiert, sondern nur wenn es zugleich als normativ richtig anerkannt wird,²¹ wenn auch nicht als kategorischer Imperativ, so doch als innerhalb der Gesellschaft gültiges Gerechtigkeitspostulat. Der strafende Staat darf das Vergeltungsbedürfnis »der Bevölkerung« nicht als bloßes Faktum zur Begründung von Strafe einsetzen, indem er sich selbst neutral dazu verhält, wie das bei der Auslegung des Begriffs »Verteidigung der Rechtsordnung« in manchen höchstrichterlichen Entscheidungen mindestens den Anschein hat.²² Erst recht darf er das Vergel-

20 Übrigens geht auch eine Interpretation der Straftheorie von *Hegel* in die gleiche Richtung. Danach soll die Strafe die Gleichheit der Personen wiederherstellen, indem sie die Selbstüberhebung des Täters über den Anderen, die Verletzung seines Rechtes »als Recht« rückgängig macht, *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 97; vgl. *Selmann*, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, *Hegels Straftheorie* (1995) S. 67; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (1983) S. 37 ff.; *ders.*, AT S. 48 f.; ähnlich, ausgehend von Kant, *A. E. Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, *ZStW* 97 (1985), 786, 820 f.

21 *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldlements (1993) S. 97 f.; *Schild*, Strafbegriff und Grundgesetz, FS für Lenckner (1998), 287, 296 f.

22 BGHSt 24, 40, 46: »Eine solche Gefährdung ist gegeben, wenn der bloße Strafausspruch ohne Vollstreckung von der Bevölkerung angesichts der außergewöhnlichen konkreten Fallgestaltung als ungerechtfertigte Nachgiebigkeit und unsicheres Zurückweichen vor dem Verbrechen verstanden werden könnte. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu einem Jahr ist somit zur Verteidigung der Rechtsordnung nur dann geboten, wenn eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung im Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalles für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich erscheinen müsste und das Vertrauen der Bevölkerung in der Unverbrüchlichkeit des Rechts und in

tungsbedürfnis nicht als irrational oder unvernünftig ablehnen, um es sodann als Mittel zur Stabilisierung der Normtreue der »unaufgeklärten« Bürger einzusetzen, indem er es scheinbar anerkennt. Auch das wäre dem Täter gegenüber inhuman und dem Bürger gegenüber undemokratisch, eine manipulative, also instrumentelle, keine personale Kommunikation.

Nur aus einer als Gerechtigkeitspostulat verstandenen und anerkannten Vergeltungsfunktion der Strafe ist deren Begründung und Begrenzung durch ein Schuldprinzip ableitbar. Sie ergibt sich aus keinem der oben angedeuteten Gründe für die Akzeptanz der Strafe als Zeichen der Fortgeltung der Norm im kommunikativen Prozess. Das Schuldprinzip lässt sich auch nicht als Grund der Begrenzung von Strafe einführen, wenn es als Grund ihrer Verhängung abgelehnt worden ist.²³ So könnte man mit einem Argument verfahren, das seinem Inhalt nach dem entgegensteht, was zu begrenzen ist, und sich unter bestimmten Bedingungen gegen dessen Begründung durchsetzen soll, wie z.B. bei der Begrenzung von nützlichen Investitionen durch ein Kostenlimit. Aber das sog. Schuldprinzip, genauer Vergeltungsprinzip, ist seinem Inhalt nach strafbegründend, es ist ein Gerechtigkeitsprinzip und steht damit unter dem Postulat der Gleichheit. Man kann dieses Gerechtigkeitspostulat ablehnen und die Strafe anders begründen, aber dann muss man auch ihre Grenzen nach diesen anderen Gründen bestimmen und kann die zurückgewiesene Begründung nicht bei der Begrenzung wieder einführen. Es »erscheint als ein widersprüchliches Beginnen, der Strafe in ihrer Schuldangemessenheit eine obere Grenze zu setzen und zugleich das Band zerschneiden zu wollen, das Strafe und Schuldgedanken sachlich miteinander verbindet.«²⁴

Aber selbst wenn es gelänge, das Schuldprinzip aus seiner Zweckmäßigkeit zu begründen und plausibel zu machen, dass gerade die schuldangemessene Strafe aufs Ganze gesehen am besten geeignet ist, auf der pragmatischen Kommunikationsebene die gewünschten Effekte zu erzeugen, wäre diese Begründung des Schuldprinzips zu schwach. Sie wäre anfällig gegenüber jedem ihr widersprechenden Zweckmäßigkeitskalkül. Spätestens bei der Begründung des Schuldprinzips muss also auch die pragmatische Ebene und damit das kommunikationstheoretische Denkmodell überhaupt verlassen werden, um auf der rechtsethischen Ebene zu argumentieren.

Die Leistung des kommunikationstheoretischen Paradigmas zur Rechtfertigung von Strafe

Die Deutung von Verbrechen und Strafe als kommunikative Prozesse, also des Verbrechens als Zeichen mit der Bedeutung einer normwidersprechenden

den Schutz der Rechtsordnung vor kriminellen Angriffen dadurch erschüttert werden könnte.« So auch BGHSt 24, 62,66.

²³ So aber *Roxin* AT 3/48 f.

²⁴ *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), 1, 3.

Behauptung und der Strafe als Zeichen mit der Bedeutung einer normbestätigenden Antwort, ist also adäquat und stellt in der Tat einen vernünftigen Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe her. Aber für die Rechtfertigung von Strafe reicht dieser Zusammenhang nicht aus. Denn die Frage, warum die Strafe ein Übel sein soll, ist auf der semantischen Ebene schon deshalb nicht zu beantworten, weil auf dieser Ebene die Gestalt des Signals belanglos ist. Erst auf der pragmatischen Ebene, auf der mit dem Zeichen etwas bewirkt werden soll, und schließlich nach wie vor auf der rechtsethischen Ebene, kann die Rechtfertigung der Strafe gerade als Übel gesucht werden.

Die Strafe muss, wenn sie dem Täter gegenüber als Übelszufügung gerechtfertigt sein soll, also sowohl gerecht als auch zweckmäßig sein. Da aber zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit keine prästabilierte Harmonie besteht, ist in solch einer Rechtfertigung der Strafe aus mehreren Gründen der Konflikt in bestimmten Einzelfällen bereits angelegt. Dies wird seit eh und je gegen alle Vereinigungstheorien eingewandt. »An und für sich ist jeder Kompromiss in prinzipiellen Dingen ein Zeichen der Schwäche, des nicht Aus- und Einkönnens. Das schließliche Ergebnis ist nicht Fisch noch Fleisch«, schreibt *Nagler* zu den Vereinigungstheorien.²⁵ *Jakobs* verwirft sie alle als »Tanz auf sämtlichen Hochzeiten«.²⁶ Es wäre sicherlich theoretisch befriedigender und praktisch einfacher, wenn wir die Strafe als Übel mit einem einzigen zureichenden Grund rechtfertigen könnten, statt mehrere dafür anzugeben, was notwendig impliziert, dass keiner von ihnen zureicht. Seit die Vergeltungstheorie als rechtsmetaphysisches Postulat jenseits aller Zweckmäßigkeit aufgegeben worden ist, also die Vergeltungstheorie im Sinne des *Kant*'schen Inselbeispiels, wonach die Strafe vollstreckt werden muss, »damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind«,²⁷ ist dies aber nicht mehr gelungen.

Alles Handeln des weltlichen Staates, vor allem alle Eingriffe in Rechte und Interessen seiner Bürger, stehen unter dem doppelten Postulat der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit. Gerechtigkeit ohne Zweckmäßigkeit ist

25 GS 70 (1907) 6, 37; vgl. auch *Roxin* JuS 1966, 377, 380 ff.; *Hassemer* AK Vor § 1 Rn. 428.

26 *Kritisches Jahrbuch der Philosophie* (1998), 29.

27 *Metaphysik der Sitten*, Werke Ausgabe Weischedel, Bd. VIII (1959), S. 455. Es ist hier bewusst von *Kants*chen Inselbeispiel die Rede und nicht von der Straftheorie *Kants*. Denn auch bei ihm lässt sich an anderen Stellen eine Rechtfertigung der Strafe auch aus ihren Zwecken nachweisen, vgl. etwa *Schild*, Das staatliche Strafrecht als Symbol der Strafwürdigkeit, in: FS E.A. Wolff (1998), S. 429 ff. Das Inselbeispiel hat *Kant* wohl zu Unrecht zu einem Popanz der reinen Vergeltung gemacht und es ist zweifelhaft, ob es in der Geschichte je ein Gemeinwesen gegeben hat, in dem eine in diesem Sinne reine Auffassung der Strafe wirklich geherrscht hat.

angesichts ihrer Unvollkommenheit anmaßend. Zweckmäßigkeit ohne Gerechtigkeit ist angesichts des Anspruchs des einzelnen, nicht als bloßes Mittel gehandhabt zu werden, menschenunwürdig. Ob es überhaupt erstrebenswert ist, ausgerechnet die Strafe, die einschneidendste Gewaltausübung des Staates gegenüber dem einzelnen Bürger, von diesem doppelten Postulat zu befreien, indem man ihr eine ganz andere Legitimation, eine Legitimation aus einem einzigen Grund, verschafft, ist zweifelhaft. Jedenfalls kann ein Code in einem kommunikations-theoretischen Paradigma, der der Strafe als Zeichen (Signal) die Gültigkeit der Norm als Bedeutung (Sinn) zuordnet, eine solche Legitimation nicht leisten. Dieser Code selbst ist das, was der Legitimation durch eine Straftheorie bedarf. Nur wenn diese geleistet ist, kann vom Bürger und vom Täter verlangt werden, dass er diesen Code in einem kommunikativen Prozess anwendet, dass er die Botschaft der Strafe von der Fortgeltung der Norm nicht nur hört, sondern auch glaubt und für sich als »maßgebliches Orientierungsmuster« anerkennt.

Die Rutschbahn der Interpretation

Im kommunikationstheoretischen Paradigma wird die Straftat als Widerspruch gegen eine Norm interpretiert. Dies geschieht nicht deshalb, weil der Täter selbst sie als Zeichen für einen solchen Widerspruch gebraucht, diese Bedeutung wird vielmehr von außen an seine Tat herangetragen, weil die Tat überhaupt nur dann als normativ relevantes Geschehen interpretiert werden kann, wenn der Täter als eine Person angesehen wird, die nach Maximen handelt. Daraus allein ergibt sich aber noch kein eindeutiger Code für die Interpretation der Tat, also keine klare Zuordnung von Signal und Bedeutung. Über die Bedeutung ist daraus lediglich abzuleiten, dass es sich um einen Widerspruch gegen irgendeine Norm handeln soll, aber nicht gegen welche Norm. Von welchen tatsächlichen Eigenschaften des Täterverhaltens soll es denn abhängen, welcher Norm es nach dem Code in welchem Umfang widerspricht? Der äußere Erfolg der Handlung reicht zur Bestimmung einer strafrechtlich sanktionierten Norm nicht aus und fehlt als Anknüpfungspunkt für die Normbestimmung beim Versuch ganz. Da die Interpretation von außen an die Tat herangetragen wird, ist sie prinzipiell auch unabhängig vom Wissen des Täters. Damit stellt sich die Frage, welche subjektiven Eigenschaften das Täterverhalten aufweisen muss, wenn es als Signal für den Widerspruch gegen eine Vorsatznorm interpretiert werden soll und welche, wenn es nur einen Widerspruch gegen eine Fahrlässigkeitsnorm bedeuten soll.

Bisher hatten wir die Interpretation des Täterverhaltens als Widerspruch gegen Normen allein damit begründet, dass für ihn die Norm gilt, du sollst nach Maximen handeln. Der externen Interpretation des Täterverhaltens wird die Erfüllung dieser Norm zugrunde gelegt, unabhängig davon, ob sie tatsächlich gegeben ist. Man kann mit anderen Normen ebenso verfahren, etwa

mit dem Gebot, sich über die für das eigene Handeln gültigen Rechtsvorschriften zu informieren. Dann lässt sich die Irrelevanz des vermeidbaren Verbotsirrtums damit begründen, dass das Verhalten des Täters eben so zu interpretieren ist, als habe er das Gebot erfüllt, vermeidbare Verbotsirrtümer zu vermeiden.

Ebenso kann man mit dem so genannten Willenselement des Vorsatzes verfahren. Am einfachsten ist dies mit dem Willenssurrogat im Sinne der sog. Vorstellungstheorie zu demonstrieren, wonach der Vorsatztäter sich vom Fahrlässigkeitstäter dadurch unterscheidet, dass er die Möglichkeit des Erfolgeintritts ernst genommen hat.²⁸ Hat der Täter eine ernstzunehmende Gefahr erkannt und gleichwohl gehandelt, so kann man sein Verhalten normativ dahin interpretieren, dass er sie ernstgenommen hat, weil er sie hätte ernstnehmen sollen.²⁹ Man kann so fortfahren mit dem Wissenserfordernis des Vorsatzes und argumentieren, wenn der Täter etwas hätte wissen sollen, so ist er ebenso zu behandeln, als hätte er es tatsächlich gewusst.³⁰ Damit verschwindet nicht nur der Unterschied zwischen Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum, sondern auch der zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Es ist entgegen *Jakobs* nicht möglich, ihn durch eine Unterscheidung danach zu ersetzen, ob die Unkenntnis der Erfolgsgefahr den Täter belastet oder nicht.³¹ Denn wenn diese Unkenntnis nicht auch den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließt, belastet sie ihn immer.

28 *Roxin* AT/1 12/27; *Jescheck/Weigend* AT § 29 III 3; *Wessels* AT Rn. 214; *Stratenwerth* AT I Rn. 308. Andere verlangen, dass es ein »für den Täter gültiges Urteil« ist, dass die Tatbestandsverwirklichung möglich bzw. nicht unwahrscheinlich ist, *Jakobs* AT 8/23, oder dass er dies »sich aneignet«, *Schroth*, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale (1994), S. 116 ff., oder »dies für sich so sieht«, *Frisch*, Vorsatz und Risiko (1983), S. 192 ff.

29 Die Formel von *Herzberg*: Es kommt nicht darauf an, »ob der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern, ob er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat«, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, *JuS* 1986; S. 249, 262, ist nicht so zu verstehen. Dasselbe gilt entgegen *Köhler*, AT, S. 165, Fn. 94 für meine Konzeption des *dolus eventualis*. Ich »unterstelle« dem Täter nicht einen nicht hinreichend begrifflich bestimmten »Willen«, sondern begründe die Ansicht, daß die Bestimmung des *dolus eventualis* als Wille verfehlt, also ein »Wille« i.S. der verschiedenen Willentheorien für den Vorsatz nicht erforderlich und daher auch nicht zu unterstellen ist. Zur Billigungstheorie, NK, § 15 Rn. 32 ff., zusammenfassend Rn. 48 ff., zur Ernstnahmetheorie Rn. 51 ff. Die »Interpretation« des Täterverhaltens als das eines Vernünftigen, Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*, *ZStW* 103 (1991), 1, 14 ff., s.o. Seiten 239 ff. gibt einen Wertungsmaßstab für die inhaltliche Qualität einer vorsatzbegründenden Gefahrvorstellung und keine normative Begründung für die Substitution eines Willens oder Billigens oder Ernstnehmens der Gefahr.

30 *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), S. 843, 845

31 *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), S. 843, 845 f.; ders. AT 8/5a

Der Preis der Normativierung der Tatbestandsmerkmale besteht darin, dass die tatsächliche Grundlage des Deliktivorwurfs immer schmaler wird. Am Ende ist die wirkliche Verbindung des Täters mit der als normatives Konstrukt konzipierten Tat nur noch äußerlich. Vom wirklichen Täter bleibt nichts übrig als ein Leib und von der wirklichen Tat nichts als eine erfolgskausale Körperbewegung. »Und was ist Emanation einer Person? Das Verhalten des Leibes, welcher der Person zugeordnet wird und das wegen dieser Zuordnung in einem normativen Zusammenhang steht.«³² Und auch dieses müsste bei einer konsequent normativen Interpretation der Wirklichkeit verschwinden, denn eine Straftat ist für eine normativ konstituierte Person logisch ausgeschlossen, sie kann also in einer Gesellschaft von Personen als normativen Konstrukten gar nicht vorkommen.³³

Zurechnung als Kommunikation

Auf diese »Rutschbahn der Normativierung« führt auch ein anderes Argument, das im Zusammenhang mit der Lösung von Einzelproblemen recht überzeugend wirkt, das Argument, *sum turpitudinem allegans nemo audietur*, frei übersetzt, niemand kann sich zu seiner Entlastung darauf berufen, dass er eine Norm verletzt hat. In dieser schlagkräftigen Formulierung zeigt das Argument deutlich, dass ihm ein anderes kommunikationstheoretisches Paradigma zugrunde liegt, der Dialog zwischen Täter und Richter, der sog. Verantwortungsdialog.³⁴ Das geläufigste Beispiel für seine Anwendung ist die Lösung des Problems der sog. *actio libera in causa* mit dem Argument, dass der Täter bei der Tat zwar schuldunfähig gewesen sei, sich aber darauf nicht berufen könne, weil er die Obliegenheit verletzt habe, sich seine Schuldfähigkeit zu erhalten.

Auch in der Diskussion um die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit tritt das Argument auf, dass der Täter sich auf seine eigene Normverletzung nicht zu seiner Entlastung berufen könne. Man kann die Argumentation gegen die Ernstnahme oder die billigende Inkaufnahme der Erfolgsgefahr als Willenssurrogat beim *dolus eventualis* so verstehen. Der

32 *Jakobs*, Norm – Person – Gesellschaft, S. 81, zum Verhältnis von Person und Leib auch S. 42 ff.

33 *Jakobs*, Norm – Person – Gesellschaft, S. 99; *Jakobs* führt allerdings die Normverletzung sogleich wieder ein, indem er erklärt, der Normbrecher sei nur formell, nicht materiell Person, aber welche Elemente des Verbrechens bei dieser nachträglichen Wiedereinführung normativ zu konzipieren sind und welche faktisch, ist völlig unbestimmt.

34 *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden (1985), insb. S. 269 ff., ähnlich die außerordentliche Zurechnung i.S. von *Hruschka*, Strafrecht, S. 274 ff., 417; *ders.*, Die *actio libera in causa* – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung, JZ 1996, 64, 69 ff.

Täter, der eine offenkundige und hochgradige Erfolgsgefahr nicht ernstnimmt oder nicht billigend in Kauf nimmt und sie deshalb trotz ihrer Erkenntnis setzt, soll sich nicht mit seiner Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut vom Vorwurf des Vorsatzes entlasten können.³⁵ Mit der gleichen Begründung wird die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit grundsätzlich angezweifelt. Die unterschiedliche Behandlung von Tatsachenirrtum und Verbotsirrtum sei illegitim. Ebenso wie der Täter, der seine Pflicht versäumt hat, sich über die für sein Verhalten geltenden Normen kundig zu machen, sich gegen den Vorsatzvorwurf nicht mit seinem fehlenden Unrechtsbewusstsein verteidigen kann, soll sich der Täter, der seine Pflicht zur richtigen Erkenntnis der tatsächlichen Lage versäumt hat, auf diese Pflichtverletzung mit der Folge berufen können, dass er nicht für Vorsatz, sondern nur für Fahrlässigkeit verantwortlich gemacht werden kann. Dies wird an den Fällen der sog. Tatsachenblindheit, der besonders krassen Verletzung dieser Pflicht demonstriert. Der tatsachenblinde Täter praktiziert unter Umständen mehr Gleichgültigkeit gegenüber den geschützten Interessen anderer als derjenige, der die Gefahr erkennt und für das geschützte Interesse noch einen Rest von Besorgnis, wenn auch nicht einen ausreichenden, übrig hat.³⁶

Die Überzeugungskraft solcher Vergleiche beruht zum guten Teil darauf, dass dem Täter ein um so schwererer Vorwurf droht, je weiter er in der normativ richtigen Verarbeitung der Tatsituation fortgeschritten ist, sofern er unter den dadurch selbst geschaffenen Voraussetzungen dann doch falsch handelt. Eben deshalb bringt die Berufung auf die eigene Schändlichkeit, scil. die Normverletzung, dem Täter im Ergebnis Vorteile. Aber das Paradigma des Schulddialogs lässt offen, was nun zu geschehen hat, nachdem diese Berufung zurückgewiesen worden ist. Sollen die Tatsachen, die bei Erfüllung der zeitlich vorgehenden Normen einen schweren Schuldvorwurf begründet hätten, fingiert, bzw. normativ substituiert werden, um daraus den schwereren Vorwurf abzuleiten?

Wir befinden uns auf der Rutschbahn der Interpretation des Täterverhaltens als normgemäß, auf der die faktische Grundlage dieser Interpretation, das wirkliche Täterverhalten als Signal für die Bedeutung, dass eine Norm nicht anerkannt wird, immer schwächer und geringer wird, bis nur noch die Körperbewegung übrig bleibt, wenn wir die Talfahrt nicht irgendwo anhalten. Nach dem Grundsatz des *nemo audietur* müsste die Talfahrt dort angehalten werden, wo die Behauptung, eine Norm verletzt zu haben, dem Täter nicht mehr zum Vorteil gereicht, also bei der Sorgfaltspflichtverlet-

35 *Herzberg*, JuS 1986, 249, 253; *Puppe*, ZStW 103 (1991), S. 1, 12 f., s.o. Seiten 237 f.; *dies.* in NK, § 15, Rn. 56.

36 *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 843, 845; *ders.* AT 8/5a; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rn. 11.

zung. Das Ergebnis wäre, dass jedes Fehlverhalten immer den schwersten Vorwurf begründen würde, den Vorwurf schuldhafter vorsätzlicher Normverletzung. Wir müssen uns also damit abfinden, dass der Täter aus der Verletzung einer zeitlich vorrangigen Norm unter Umständen Vorteile zieht, da die Rechtsordnung davon ausgeht, dass eine falsche Entscheidung um so schwerwiegender ist, je weiter der Täter, ehe er sie trifft, in der richtigen Verarbeitung der Situation fortgeschritten ist. Es steht doch gar nicht fest, ob der Täter, der die zeitlich vorrangige Norm verletzt hat, die falsche Entscheidung auch dann getroffen hätte, wenn er sie befolgt hätte.

Das Verbot der Fiktion von Tatsachen, ein »alteuropäisches« Strafrechtsprinzip

Wendet man das Paradigma der Interpretation der Straftat als Zeichen auf die Lösung strafrechtsdogmatischer Einzelprobleme oder gar auf die Beurteilung einer einzelnen Tat an, so kommt man zu der Fragestellung, welche tatsächlichen Elemente der Straftat faktisch festzustellen, also nach dem Grundsatz in dubio pro reo forensisch zu beweisen sind und welche normativ substituiert werden dürfen. Diese Frage ist nicht beantwortbar, also ist sie falsch gestellt. Die Rutschbahn der Normativierung darf erst gar nicht betreten werden. Keine Tatsache, die als Voraussetzung des Schuldvorwurfs für notwendig erachtet worden ist, darf nach normativ bestimmten Codes in die Tat hineininterpretiert werden. Das kommunikationstheoretische Paradigma von der Straftat als interpretiertes Verhalten hat in der allgemeinen Lehre vom Sinn der Strafe seinen Platz und leistet hier notwendiges, wenn auch nicht alles. In den Zusammenhang der Lösung einzelner dogmatischer Probleme oder gar der Beurteilung eines Einzelfalles gehört es nicht. Hier muss der alte strafrechtsdogmatische Grundsatz des Fiktionsverbots gegen die paralyisierende Wirkung eines kommunikationstheoretischen Ansatzes verteidigt werden, der dem Dogmatiker oder gar dem Richter das Recht verleiht, das Verhalten des Täters zu interpretieren.³⁷

37 So *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, S. 27 ff.

Ich selbst habe das kommunikationstheoretische Paradigma von der Interpretation des Verhaltens durch den Anderen verwendet, um den Vorsatzbegriff unabhängig von Einstellungen und Wertungen des Täters als Gegenstand einer objektiven Wertung zu bestimmen, ZStW 103 (1991), S. 1, 14 ff., s.o. Seiten 239 ff. Danach handelt vorsätzlich, wer unter tatsächlichen Voraussetzungen, verstanden als Vorstellungsinhalte, handelt, unter denen ein Vernünftiger (im instrumentellen Sinne) nur handeln würde, wenn er den Erfolgseintritt billigt, sich damit abfindet, seine Möglichkeit ernstnimmt usw. Als Begründung habe ich u. a. angegeben, daß die Anderen die Herbeiführung einer Erfolgsgefahr unter solchen Voraussetzungen als Billigen, Inkaufnehmen, Ernstnehmen, Akzeptieren der Möglichkeit des Erfolgseintritts usw. interpretieren. Ein solcher Umgang mit dem kommunikationstheoretischen Paradigma ist so lange ungefährlich, wie man dabei zweierlei

Das Fiktionsverbot muss auch verteidigt werden gegen eine Verlagerung strafrechtsdogmatischer Probleme auf eine Metaebene des Schuldialogs, wo vorhandene Tatsachen mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass der Täter sich nicht auf sie berufen darf.

Das Argument *nemo audietur* kann aber bei der Überprüfung der Bestimmung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Straftat Berücksichtigung finden, also bei der Definition der deskriptiven Verbrechensmerkmale. Führt die Begriffsbestimmung eines solchen Merkmals dazu, dass generell, und nicht nur in Extremfällen, der »Schändliche« besser gestellt wird, als der weniger Schändliche, so muss sie auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin überprüft werden. In diesem Sinne ist die Kritik an den Willenssurrogaten in der Dogmatik des *dolus eventualis* zu verstehen, etwa die Kritik von *Herzberg*: »Es kommt nicht darauf an, ob der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern ob er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.«³⁸ Hat der Täter eine »ernstzunehmende« also große Gefahr erkannt, so wird dem Unterschied zwischen Ernstnahme und Verdrängung dem psychischen Akt mit dem der Täter diese Erkenntnis die »Handlungsrelevanz«³⁹ abspricht, die Erheblichkeit für die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fährlässigkeit bestritten, mit der Konsequenz, dass er in der Begriffsbestimmung des Vorsatzes keinen legitimen Platz hat.⁴⁰ Erst wenn dieses Argument entkräftet und die Unverzichtbarkeit des Ernstnahmeerfordernisses dargetan ist, kann dagegen der Vorwurf des Verstoßes gegen das Schuldprinzip oder das Fiktionsverbot erhoben werden.⁴¹ Erst dann muss man sich mit dem unerfreulichen Effekt der Bevorzugung von »Schändlichkeit« abfinden.

im Auge behält. Erstens eine Tatsache, die für den Vorwurf einer Straftat für notwendig erachtet ist, darf nicht in den Sachverhalt »hineininterpretiert« werden, sofern sie fehlt. Die Interpretation ist also nur ein Hilfsmittel in der Metasprache, um Wertungsmaßstäbe zu umschreiben. Zweitens die Interpretation, d.h. der Code, rechtfertigt nichts, bevor er nicht selbst als legitime Interpretation gerechtfertigt ist.

38 JuS 1986, 249, 262.

39 *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko (1993), S. 357.

40 *Herzberg*, JuS 1986, S. 249, 262; NK *Puppe*, § 15 Rn. 51 ff; *dies.* ZStW 103 (1991), 1, 12 ff., s.o. Seiten 237 ff.

41 Es bringt die wissenschaftliche Diskussion nicht weiter, wenn »Normativisten« anderen das Schimpfwort Naturalismus oder Psychologismus an den Kopf werfen, weil sie überhaupt irgendwelche Tatsachen, insbesondere psychische für relevant erklären. Aber es ist auch kein wissenschaftlicher Fortschritt, anderen einen Verstoß gegen das Schuldprinzip oder das Fiktionsverbot vorzuwerfen, weil sie irgendwelche Tatsachen, insbesondere psychische für irrelevant erklären, so *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko (1993) S. 357, ihm folgend *Roxin* AT 12/46; auch *Köhler* AT S. 150 Fn. 46 und 165 Fn. 94.

Mit dem Wissenserfordernis des Vorsatzes verhält es sich ebenso. Entweder man verzichtet darauf und damit auf die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt, oder man findet sich damit ab, dass es einzelne Fälle grober Fahrlässigkeit gibt, die sog. Tatsachenblindheit, in denen ein Fahrlässigkeitsvorwurf das Gewicht des Vorsatzvorwurfs erreichen kann. Dass eine Differenzierung, die sich im allgemeinen bewährt, in Grenzfällen fragwürdig werden kann, ist in der Jurisprudenz noch kein Grund, völlig auf sie zu verzichten.

Wertung contra Interpretation

Das Fiktionsverbot bezieht sich auf Tatsachen, objektive wie subjektive, also auch auf die tatsächlichen Voraussetzungen von Schuld sowie von Fahrlässigkeit und Vorsatz. Dass der Täter eine Wertung vollzieht, ist nach der allgemeinen Lehre vom Tatbestandsirrtum niemals eine Voraussetzung des Vorsatzes. So erklärt sich die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum⁴² und auch die zwischen einem Irrtum über deskriptive und wertende Tatbestandsmerkmale. Bewertungen der Tat fallen in die Kompetenz des Richters, nicht des Täters. Gibt das Gesetz statt einer deskriptiven Bestimmung eines Tatbestandsmerkmals eine Wertung an, wie beispielsweise »grob verkehrswidrig« in § 315 c, »die Menschenwürde anderer angreifen« in § 130, »pornographische Schriften« in § 184, »die Befugnis missbrauchen« in § 266, muss der Täter Tatsachen kennen, die so bewertet werden dürfen, die Wertung selbst braucht er nicht mitzuvollziehen.⁴³

Derselbe Grundsatz gilt aber auch, sofern ein allgemeines Verbrechensmerkmal, wie Täterschaft oder Vorsatz, durch wertende und nicht durch deskriptive Ausdrücke bestimmt wird. Geht man etwa davon aus, dass die Unterscheidung zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft eine Frage der Wertung ist, etwa danach, wie eng das Verhältnis des Täters zur Tat ist, so hat dies der Richter nach objektiven Maßstäben zu beurteilen. Er darf die Wertung nicht dem Täter überlassen, indem er danach fragt, ob dieser »dieses enge Verhältnis zur Tat haben will«, um dann womöglich dieses psychische Faktum des Täters unter »Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls wertend zu ermitteln«,⁴⁴ d.h. anhand objektiver Umstände der Tat in das

42 BGHSt 2, 194, 200 f.; *Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht (1984), S. 41; NK *Puppe* § 16 Rn. 78; *dies.*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionirrtum, GA 1990, 145, 157, s.o. Seite 279.

43 Vgl. die Nachweise in: NK *Puppe* § 16 Rn. 75 und Stellungnahme Rn. 76; *dies.* GA 1990, 145, 172 ff., s.o. Seiten 296 ff.

44 So formuliert der BGH in BGHSt 16, 12, 13: »Voraussetzung für die Annahme von Mittäterschaft ist zunächst die Feststellung, daß der Angeklagte die Tat als eigene will. Wie der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, ist die innere Einstellung jedes Beteiligten zur Tat auf Grund aller Umstände wertend zu ermit-

Bewusstsein des Täters hineinzudeutieren. Wertung ist etwas anderes als Interpretation.

Der Ausdruck »billigend Inkaufnehmen des Erfolges« beschreibt eine Bewertung. Der Richter darf diese Bewertung nicht zunächst dem Täter überlassen um sie dann mit Hilfe eines Begriffs des »billigend im Rechtssinne« in das Wertbewusstsein des Täters hineinzudeutieren.⁴⁵ Auch der Ausdruck »Ernstnehmen« stellt eine Bewertung dar. Deshalb ist es illegitim, den Vorsatz davon abhängig zu machen, ob der Täter die Gefahr ernstgenommen hat, er muss nur eine Vorstellung von Tatsachen haben, die eine ernstzunehmende Gefahr begründen. Das gilt nicht schon deshalb, weil er die Gefahr hätte ernstnehmen sollen,⁴⁶ sondern weil die Beurteilung der Ernsthaftigkeit der Gefahr nicht in seine Kompetenz fällt.⁴⁷ Die Normativierung von Verbrechenmerkmalen, d.h. ihre allgemeine Bestimmung durch wertende Ausdrücke, führt nicht auf die oben beschriebene Rutschbahn der normativ geleiteten Interpretation, so lange an dem Erfordernis festgehalten wird, dass diejenigen Tatsachen, die im Einzelfall die Wertung begründen, wirklich gegeben sind, sei es als Bestandteile des objektiven Sachverhalts, sei es als Bestandteile der Vorstellung des Täters. Es ist an der Zeit, in der modernen »normativen« Strafrechtsdogmatik mit dem Ausdruck normativ sorgfältiger und differenzierter umzugehen, als dies bisher oft geschieht.

Die Konfusion der semiotischen Ebenen im kommunikationstheoretischen Paradigma

Zu Beginn dieser Untersuchung hatten wir gesehen, wie ein Problem der pragmatischen Ebene mit Hilfe des kommunikationstheoretischen Paradigmas auf die semantische Ebene verlagert wird. Noch häufiger geschieht das umgekehrt: Man erspart sich die Bestimmung des Sinns eines Verbrechenmerkmals, indem man Ausführungen darüber macht, unter welchen Bedin-

teln, die von seiner Vorstellung umfaßt waren«; in BGHSt 8, 393, 396: » Ob jemand dieses enge Verhältnis zur Tat haben will, ist nach den gesamten Umständen zu beurteilen. Die Wendung, Mittäter sei, wer die Tat »als eigene« wolle, ist mißverständlich. Diese Willensrichtung ist keine einfache innere Tatsache. Was der Beteiligte wollte, ist vielmehr auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfaßt waren, vom Gericht wertend zu ermitteln«; und in BGHSt 38, 346, 348: »Ob der Angeklagte, der die objektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft auf Grund seiner fördernden Tatbeiträge erfüllt hat, als Gehilfe oder als Mittäter anzusehen ist, hängt davon ab, ob er die Tat als eigene oder nicht als eigene wollte. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist auf Grund aller Umstände, welche von der Vorstellung des Angeklagten umfaßt waren, in wertender Betrachtung zu entscheiden.«

45 So aber BGHSt 7, 363, 369.

46 Vgl. oben in und bei Fn. 39.

47 NK *Puppe*, § 15 Rn. 61 u. 76, *dies.* ZStW 103 (1991), 1, 34, s.o. Seite 257.

gungen ein Rechtsanwender dieses Merkmal bejaht, oder Regeln dafür angibt, unter welchen Bedingungen er es im Einzelfall bejahen sollte. Dies sind aber nicht etwa semantische Regeln der Sinnbestimmung, also der Anwendungsbedingungen des Ausdrucks, es sind vielmehr Regeln oder empirische Feststellungen, die in einer Metasprache formuliert sind, in der über den Vorgang der Anwendung eines Ausdrucks, als Interpretation, Kommunikation oder Akt der Wertung gesprochen wird.

Ein solcher Durchgriff auf die pragmatische Ebene der Kommunikation geschieht beispielsweise, wenn die Ablehnung der Subsumtion eines Einzelfalls unter einen Ausdruck allein damit begründet wird, in diesem Fall sei dafür kein kriminalpolitisches Bedürfnis gegeben. Eine Strafrechtsdogmatik, die in dieser Weise angebliche oder wirkliche kriminalpolitische Bedürfnisse unmittelbar in die Anwendung strafrechtlicher Begriffe überträgt, indem sie deren semantische Ebene ausspart, tut nicht, was ihres Amtes ist.⁴⁸ Denn dieses Amt liegt vorwiegend auf der semantischen Ebene der Präzisierung und Prüfung der in der Objektsprache der strafrechtlichen Subsumtion anwendbaren Begriffe.

Einen Rückzug auf die Metaebene stellt auch der Vorschlag von *Hassemer* dar, den permanenten Streit um die richtige Begriffsbestimmung des Vorsatzes dadurch zu beenden, dass an die Stelle dieser Begriffsbestimmung eine Lehre von den »Kennzeichen des Vorsatzes« tritt, aus der der Richter entnehmen kann, welche äußeren Tatsachen gegeben sein müssen, damit er auf Vorsatz schließen darf bzw. soll.⁴⁹ Diese Kennzeichen sind nach *Hassemer* Bestandteil des Sinnes des Vorsatzbegriffs, und er beruft sich dabei auf das empirische Sinnkriterium, wonach ein Begriff keinen Sinn hat, wenn keine Methoden angegeben werden können, empirisch festzustellen, ob der Begriff erfüllt ist oder nicht. Mit Hilfe dieses Sinnkriteriums kann auch der Sinn von sog. Dispositionsbegriffen wie beispielsweise zerbrechlich oder brennbar geklärt werden, indem die Methode angegeben wird, die Disposition zu realisieren. Aber entgegen *Hassemer* ist der Vorsatz kein Dispositionsbegriff, sondern beschreibt immer noch eine subjektive Tatsache. Deshalb können die objektiven Indizien für diese subjektive Tatsache nicht als deren Bestandteile in den Begriff des Vorsatzes integriert werden. Das Ergebnis ist, dass die Bestimmung des Vorsatzbegriffes und die mit ihr zusammenhängenden rechtsethischen Probleme ausgespart werden, in dem man metasprachliche Aussagen darüber macht, welche objektiven Tatsachen gegeben sein müssen, damit der Richter im Strafprozess feststellen darf oder muss, das Vorsatz gegeben ist. Aber auch die höchstrichterliche Rechtsprechung tut nicht was ihres Amtes ist, in dem sie den Instanzgerichten die Antwort auf

48 Kritisch dazu *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken (1995), S. 15 ff.

49 *Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, Kaufmann-GS (1991), S. 289, S. 302 ff.

die Frage schuldig bleibt, was die Formel vom billigenden Inkaufnehmen bedeutet und sie statt dessen nach Belehrung darüber, dass eine Vorstellung von einer hohen und nahe liegenden Erfolgsgefahr dafür nicht genügt und dass insbesondere vor dem Tötungsvorsatz eine hohe Hemmschwelle steht, lediglich ermahnt, diese Formel nicht formelhaft zu verwenden, sondern sorgfältig unter Würdigung aller Umstände der Tat und des Charakters des Täters zu ermitteln, ob dieser den Erfolg auch wirklich billigend in Kauf genommen hat.⁵⁰

Einen besonders eklatanten Fall dieses Ausweichens in die Metaebene in einer Entscheidung des Großen Senats des BGH für Strafsachen hat jüngst *Grünwald* kritisch aufgegriffen.⁵¹ Der Große Senat war vom 1. Senat angerufen worden, weil dieser eine andere Bestimmung des Begriffs der besonderen Schwere der Schuld i.S. § 57a für richtig hielt als der 4. Senat. Nachdem der Große Senat beide Begriffsbestimmungen als zu unbestimmt verworfen hat, entscheidet er den Streit wie folgt: »Der Tatrichter hat demnach ohne Bindung an begriffliche Vorgaben die schuldrelevanten Umstände zu ermitteln und zu gewichten. Als dann hat er im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit die Schuld daraufhin zu bewerten, ob sie nach seiner Auffassung besonders schwer ist. Die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld kann dabei nur dann in Betracht kommen, wenn Umstände vorliegen, die Gewicht haben.«⁵² Eine solche Entscheidung eines Streitiges zwischen den Senaten des BGH um die richtige Bestimmung eines im Gesetz verwendeten Begriffs durch das höchste Fachgericht in Strafsachen läuft auf eine Rechtsverweigerung hinaus. Wenn, wovon das Gericht offenbar ausgeht, der Ausdruck »besondere Schwere der Schuld« in § 57a StGB keinen begrifflichen Inhalt hat, so hat er nur die Funktion, den Gerichten Entscheidungsfreiheit darüber zu gewähren, ob sie die Entlassung des zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurteilten nach 15 Jahren trotz guter Prognose wegen seiner Schuld inhibieren wollen oder nicht. Ein solches Gesetz würde nicht nur gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, sondern schon gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz.

Auch eine Strafrechtswissenschaft, die sich auf eine Ebene der Metadogmatik zurückzieht, um von einem höheren, aufgeklärteren Standpunkt aus die Strafrechtsanwendung nicht ohne Herablassung zu betrachten, indem sie mit

50 BGH VRS 59, 183; NStZ 1984, 19; NStZ 1986, 549; NStZ 1987, 362 mit Anm. *Puppe*, kritisch dazu *Schmidhäuser*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980 242, 246; *Lackner*, § 15 Rn. 25; *NK-Puppe*, § 15 Rn. 34 f. m.w.N.

51 *Grünwald*, Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe, Bemma-FS (1997), S. 161, 171.

52 BGHSt 40, 360, 370.

Theoremen, beispielsweise der Psychoanalyse⁵³ oder der Rechtssoziologie, etwa der Systemtheorie, Aussagen darüber macht, was in den Köpfen der unaufgeklärten Rechtsanwender und Bürger vorgeht, tut nicht was ihres Amtes ist. So faszinierend solche Überlegungen von höherer Warte aus für den Strafrechtswissenschaftler sein mögen, sofern er auch den ihnen zugrunde liegenden tatsachenwissenschaftlichen Theorien die nötige wissenschaftliche Skepsis entgegen bringen, so sind sie doch von der Strafrechtsdogmatik selbst streng zu trennen. Wer aus solchen metadogmatischen Überlegungen unmittelbar strafrechtsdogmatische Aussagen ableitet, begeht eine Stufenkonfusion zwischen Metasprache und Objektsprache. *Frister* hat diese Stufenkonfusion der modernen systemtheoretisch beeinflussten Strafrechtswissenschaft anhand der Diskussion um den Schuldbegriff ausführlich nachgewiesen.⁵⁴

Die Einführung des kommunikationstheoretischen Paradigmas hätte dieser Entwicklung entgegenwirken können. Statt dessen hat sie sie befördert, weil aus der gesamten Kommunikationstheorie dabei nur ein einziges Theorem herausgegriffen worden ist, nämlich, dass die Rezeption eines Zeichens keine passive Entgegennahme vorbestimmter Botschaften, sondern ein aktiver Prozess der Interpretation ist. Daraus wird dann gefolgert, dass die Frage, welchen Sinn ein Zeichen haben soll, nicht von Interesse oder gar nicht beantwortbar ist, von Interesse sei allein die Frage, warum, mit welchen Motiven oder zu welchen Zwecken der Sender oder Empfänger eines Signals dieses Signal in einem bestimmten Sinne interpretiert.

Es gibt zwar in der Sprachphilosophie die Auffassung, dass es so etwas wie Sinn in der Kommunikation gar nicht gibt, dass Zeichen vielmehr Mittel sind, den Kommunikationspartner zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen.⁵⁵ Von diesen Standpunkten aus gibt es keine von der pragmatischen Kommunikationsebene trennbare semantische. Aber eine Strafrechtsdogmatik ist von einer pragmatischen Kommunikationstheorie aus nicht möglich, denn sie spielt sich auf der semantischen Ebene ab. Ihre Instrumente, mit

53 Kritisch dazu *Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, FS für Lackner (1987), S. 149 ff.

54 *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldelements (1993), S. 74 ff.

55 Als wichtiger Vertreter einer pragmatischen oder instrumentalistischen Zeichentheorie gelten etwa *Charles Morris* (Nachweise in Fn. 9) und *Ludwig Wittgenstein* mit seinem etwas sybelinischen Satz: »Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache«, Philosophische Untersuchungen § 43, S. 311 zitiert nach der Ausgabe Suhrkamp 1960. Die Gegenposition, die sog. realistische oder repräsentative Semantik geht in ihrer heutigen Form auf *Frege* und *Carnap* zurück (Nachweise in Fn. 10). Zusammenfassende Darstellung *Keller*, Zeichentheorie (1995) S. 71 ff. als Anhänger einer instrumentalistischen und *Kutschera*, Sprachphilosophie (1975), S. 31 ff. als Anhänger einer repräsentationistischen Zeichenauffassung.

denen sie versucht, die Praxis zu beeinflussen, wenn möglich gerechter, gleichmäßiger und berechenbar zu machen, sind trotz aller Schmähungen der Begriffsjurisprudenz immer noch nichts als Begriffe. Die pragmatistische Kommunikationstheorie lehnt den Begriff des Begriffs ab. Einer pragmatischen Strafrechtswissenschaft bliebe in der Tat nichts anderes übrig als im oben beschriebenen Sinne eine deskriptive Metadogmatik von höherer Warte aus zu betreiben, die für Kritik an dem, was immer in der Strafrechtspraxis geschieht, keine Basis bietet.

Schlusswort

Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind Teile eines komplexen Kommunikationsprozesses, an dem auch die Rechtswissenschaft beteiligt ist. Auch die Bestrafung eines Delinquenten ist, was immer sie sonst ist, auch ein Akt der Kommunikation gegenüber dem Täter und der Allgemeinheit. Deshalb sind kommunikationstheoretische Denkweisen in der Strafrechtsdogmatik durchaus von Nutzen und können manche Zusammenhänge schärfer und klarer zum Vorschein bringen, als andere Denkansätze. Aber anders als beispielsweise *Hegel* verfügen wir inzwischen über eine entwickelte Kommunikations- und Zeichentheorie. Wenn die moderne Strafrechtswissenschaft kommunikationstheoretische Paradigmen übernimmt, so sollte sie dabei die theoretischen Grundlagen der Wissenschaft von der Kommunikation kennen und beherzigen. Eine eklektische Übernahme einzelner Begriffe und Theoreme aus einer anderen Wissenschaft führt zu Fehldeutungen und Konfusionen, die dann innerhalb der übernehmenden Wissenschaft mit der Autorität der anderen Wissenschaft auftreten, die mangels Kompetenz nicht angezweifelt werden kann. Solcher Eklektizismus bringt mehr Schaden als Nutzen. Er kann, und das ist bei der Übernahme kommunikationstheoretischer Paradigmen in die Strafrechtsdogmatik geschehen, zur Aufweichung der Prinzipien der übernehmenden Wissenschaft, hier beispielsweise des Fiktionsverbots, und zum Verlust von in dieser Wissenschaft bereits erarbeiteten Erkenntnissen führen.

Gespräch in einem Wartezimmer über die Macht und die Wissenschaft

(Festschrift für E.A. Wolff 1998, 417–428)

Machiavelli:

Habt Ihr das gehört, Professore, Ihr seid rehabilitiert. Die Menschen lassen künstliche Monde um die Erde kreisen und künstliche Planeten um die Sonne, sie senden künstliche Kometen weit ins All hinaus, und da lässt sich die Kirche herbei, Galilei zu rehabilitieren. Es ist lächerlich! Ein Fürst soll einen Fehler niemals zugeben, solange er nicht offenkundig ist. Ist er aber offenkundig, so soll er ihn sofort zugeben und dann dafür sorgen, dass man nicht weiter davon spricht. Stattdessen lässt die katholische Kirche die Historiker sich drei Jahrhunderte lang die Mäuler zerreißen über den Fall Galilei, um dann endlich zuzugeben, dass sie Unrecht hatte.

Galilei:

Es freut mich, dass meine Kirche sich mit mir versöhnt hat. Ich wollte immer ein getreuer und gehorsamer Sohn der Kirche sein. Nie ist es mir in den Sinn gekommen, ihr Ansehen oder ihre Macht zu schmälern oder ihre Autorität in geistlichen Dingen anzuzweifeln. Ich fühlte mich im Gewissen verpflichtet, meinem kirchlichen Oberhirten zu gehorchen. Das bedenken die nicht genug, die mir immer wieder vorwerfen, ich sei nicht so standhaft gewesen wie diese Ketzer, etwa Hus oder Luther. Die hatten es leichter als ich.

Machiavelli:

Und als der Kardinal Barbarini Euch ermahnte, die Kopernikanische Lehre nicht zu verteidigen, wie habt Ihr da gehorcht?

Galilei:

Ich habe die Kopernikanische Lehre nicht verteidigt, ich habe sie in meinem Dialog über Ebbe und Flut hypothetisch erörtert. Das war nach kanonischem Recht erlaubt, deshalb hatte mein Buch auch das Imprimatur der Vatikanischen Zensurbehörde erhalten. Die schlimmsten Ketzereien wurden in den Theologen-Schulen hypothetisch erörtert.

Machiavelli:

Aber so, dass sie am Ende widerlegt waren, während Ihr das Kopernikanische System so hypothetisch erörtert habt, dass am Ende jeder Leser daran glaubte.

Galilei:

Gewiss, die Kirche brauchte eben Zeit, um die furchtbare Erkenntnis zu verkraften, dass die Erde, auf die Gott alles Leben und die Krone der Schöpfung, den Menschen, gesetzt hatte und auf die er schließlich seinen Sohn

gesandt hat, nicht der Mittelpunkt der Welt sein sollte. Um diese Zeit zu gewinnen, und doch der Wissenschaft eine freie Entwicklung zu ermöglichen, hat sie die Wissenschaft in einen unverbindlichen Raum verbannt, gewissermaßen unter Quarantäne gestellt. In diesem unverbindlichen Raum sollte sie sich indessen frei weiterentwickeln.

Machiavelli:

Ihr seid naiv, wie alle großen Naturwissenschaftler. Nicht um Eure Freiheit ging es, sondern um die des heiligen Officiums. Die Mächtigen lieben es nicht, sich eindeutig auszudrücken. Von allen Entscheidungskriterien, die man ihnen vorschlägt, werden sie immer diejenigen wählen, die zweideutig oder vage sind. So können sie in jedem Einzelfall so entscheiden, wie sie es für gut halten. Das nennen sie dann, je nach der herrschenden philosophischen Mode, Vernunft oder Staatsraison oder Klassenbewusstsein oder auch Billigkeit und Einzelfall-Gerechtigkeit. Jedenfalls ist es eine Kompetenz, die sie uneingeschränkt für sich in Anspruch nehmen und sich von niemandem streitig machen lassen. Und so hätte das heilige Officium Euch ebenso gut laufen lassen können wie verurteilen.

Galilei:

Ich begreife bis heute nicht, warum man mich nicht hat laufen lassen. Papst Urban VIII, der ehemalige Kardinal Barbarini, war mein Kollege in der Akademie der Linci. Er hat mich hoch geschätzt. Er hat auch verhindert, dass die Kopernikanische Lehre endgültig zur Häresie erklärt wurde. Und ich habe noch ein Übriges getan. Ich habe sein Lieblingsargument, den Vorbehalt der Allmacht Gottes, an den Schluss meines Dialogs gestellt, der somit als Ganzes unter diesem Vorbehalt steht.

Machiavelli:

Gewiss, aber Ihr habt dieses Lieblingsargument des Papstes dem Aristoteler in den Mund gelegt, der vorher jede Disputation verlor. Und zu allem Überfluss habt Ihr den auch noch Simplicio genannt. Die Zweideutigkeit ist ein Privileg der Mächtigen. Ihr wolltet mit ihnen Katz und Maus spielen und habt zu spät gemerkt, dass Ihr in diesem Spiel die Maus wart. Man beleidigt die Eitelkeit der Mächtigen nicht ungestraft.

Galilei:

Habt Ihr nicht in Eurem »Principe« geschrieben, der Fürstendiener solle wahrhaftig sein, selbst bei Gefahr der Ungnade, und der Fürst solle sich vor Schmeichlern hüten?

Machiavelli:

Ein uralter Trick, erst vor Schmeichlern zu warnen, um dann selbst zu schmeicheln. Schmeichelei tut stets ihre Wirkung, aber am besten wirkt sie, wenn man sie nicht als solche erkennt. Freilich durfte meine Schmeichelei dann nicht allzu plump ausfallen. Ich habe diesem mittelmäßigen jungen Mann gesagt, er sei berufen, Italien zu einigen. Das haben mir wohlmeinende Leser später auch noch als Patriotismus ausgelegt.

Galilei:

Mir scheint, Ihr habt überhaupt von der Intelligenz des Empfängers Eures gigantischen Bewerbungsschreibens nicht sehr viel gehalten. Der Fürst, so heißt es da, solle sich das Tierreich zum Vorbild nehmen, insbesondere den Löwen und den Fuchs. Er soll nicht nur skrupellos Gewalt und List brauchen, sein Wort brechen, wann immer es ihm opportun erscheint, mit Übeltaten schnell bei der Hand und mit Wohltaten sparsam sein, er soll dabei auch noch heucheln und sich nach außen hin als milder und redlicher Landesvater profilieren. Er soll nur an seine Interessen, an die Mehrung und Sicherung seiner Macht denken. Der Fürstendiener aber soll nicht an seine eigenen Interessen denken, sondern nur an die seines Fürsten. Er soll wahrhaftig zu ihm sein, auch wenn er dabei riskiert, in Ungnade zu fallen. Und da sollte Euer fürstlicher Leser nicht auf den Gedanken verfallen, dass Ihr von der Permission zur Lüge und Heuchelei, die Ihr ihm gerade so großzügig erteilt hattet, auch selbst Gebrauch machen könntet?

Machiavelli:

Ich werde ständig missverstanden, man hält meinen Principe für einen staatsphilosophischen oder rechtsphilosophischen Traktat, für so ein Zwischending zwischen einem mittelalterlichen Fürstenspiegel und dem Leviathan von Hobbes. Jede politische Skrupellosigkeit trägt seither meinen Namen, Machiavellismus. Und ich habe doch nur einen praktischen Ratgeber geschrieben, wie ein Fürst in unruhigen Zeiten seine Herrschaft stabilisieren kann. Was kann ich dafür, dass die Welt so eingerichtet ist, dass man in ihr mit Gewalt und List mehr erreicht als mit Sanftmut und Redlichkeit? Man soll nicht den Boten dafür schlagen, dass die Nachricht schlecht ist, die er zu überbringen hat.

Galilei:

So verstanden ist Euer Buch nicht sonderlich originell, abgesehen vielleicht von ein paar feinen Beobachtungen menschlicher Schwächen und Ratschlägen, wie man sie am besten ausnutzen kann. Wenn man davon ausgeht, dass ohnehin nur Gründe der Opportunität zählen, welche tiefe Erkenntnis soll dann beispielsweise der Satz ausdrücken, ein Fürst darf sein Wort brechen, wenn die Gründe weggefallen sind, aus denen er es gegeben hat? Und dabei muss man natürlich ergänzen, sofern nicht neue entstanden sind, aus denen er es im eigenen Interesse trotzdem halten sollte. Fürsten sind auch ohne Euren Rat jederzeit Füchse und Löwen gewesen. Sie haben viel geredet von ihrer christlichen Demut und ihrer Ritterehre und von ihrer Treue und doch ihre Gegner in Verließe gesperrt oder meuchlings umgebracht, ihr Wort gebrochen und ihre Bundesgenossen verraten, wann immer es ihnen opportun erschien.

Machiavelli:

Aber jeder hergelaufene Pfaffe und jeder selbsternannte Heilige konnte sie ungestraft tadeln, an ihre Christenpflicht und gar an ihre Todesstunde und das

Jüngste Gericht erinnern. Und wenn der Fürst es wagte, so einem den Mund zu stopfen, dann stand der einige Jahre später als Heiliger und Märtyrer auf seinen Brücken und an seinen Kreuzwegen. Ich habe die Fürsten in ihrem Kampf um die Macht von den Fesseln der ritterlichen Standesethik, der mittelalterlichen Feudalordnung und auch der moralischen Autorität befreit, die die Kirche für sich in Anspruch nahm. Darum wurde ja auch mein Buch auf den Index gesetzt.

Galilei:

Ihr seid doch immer noch selbst ein Fuchs, Messer Machiavelli. Wenn man Euch normativ interpretiert und Euch dann Zynismus vorwirft, so beruft Ihr Euch auf Tatsachen und die Redlichkeit und den Mut, mit dem Ihr ihnen ins Auge seht. Hält man Euch dann vor, dass Eure Analysen, als tatsächliche verstanden, wenig Aussagekraft haben oder gar nicht einmal neu sind, so seid Ihr wiederum beleidigt und wollt normativ interpretiert werden.

Machiavelli:

Seit Plato und Aristoteles gehen unsere Philosophen bei der Begründung ihrer Theorien zum Staat und zum Recht davon aus, wie die Menschen sein sollen, nicht wie sie sind. Man muss zunächst einmal die Menschen betrachten, wie sie sind, und sehen, wie ihr Zusammenleben in der Gesellschaft wirklich funktioniert. Vielleicht werden wir eines Tages die Gesetze des Zusammenlebens der Gesellschaft genauso systematisch empirisch erforschen, wie Ihr es mit den Gesetzen der Natur macht. Dann können wir Methoden zur Erringung und Erhaltung der Macht zur Stabilisierung des gesellschaftlichen Systems entwickeln, die ihnen nicht mehr so trivial vorkommen werden wie die meinen. Mein Buch ist nur ein Anfang, aber vielleicht bildet es ebenso eine Wende im Denken über Staat und Gesellschaft, wie das kopernikanische Weltbild eine Wende in der Betrachtung des Himmels darstellt.

Galilei:

Glaubt Ihr wirklich, dass man das Verhalten von Menschen so berechnen kann, wie das von Kugeln, die eine schiefe Ebene hinunterrollen oder von Planeten, die einen Fixstern umkreisen? Aber gerade, wenn es eines Tages eine empirische Wissenschaft vom Menschen, vom Recht und vom menschlichen Zusammenleben geben sollte, wird es nötiger denn je, strikt zwischen dieser und der Philosophie zu trennen. Ich habe unseren Theologen entgegengehalten, dass die Bibel kein Lehrbuch über die Natur ist. Aber noch schlimmer wäre es, wenn eines Tages eine Lehre über die Natur, über den Menschen, über die Gesellschaft oder die Geschichte zur Bibel gemacht würde. Eine Herrschaft, die ihre Autorität aus Lehren darüber bezöge, wie die Welt und die Menschen und ihre Gesellschaft tatsächlich beschaffen sind und wie sie sich entwickeln werden, und die diese Autorität mit dem Wahrheitsanspruch der Erfahrung begründen würde, wäre eine weit schrecklichere Tyrannei als die Herrschaft der heiligen Inquisition oder Eures Principe.

Machiavelli:

Jetzt reißt Ihr mein Buch aus seinem historischen Zusammenhang heraus. Das ist nicht fair. Wenn die Philosophen über eine empirische Wissenschaft von Menschen und der Gesellschaft verfügen, dann mögen sie sich damit auseinandersetzen, was sie mit ihr anfangen wollen. Mein Buch hat geholfen, den weltlichen Staat zu begründen, in der einzigen Form, in der er zu dieser Zeit möglich war, der absoluten Monarchie. Die mittelalterliche Feudalordnung, mit der Standesethik und der Glaubensgemeinschaft, auf der sie beruhte, hatte abgewirtschaftet. Die einheitliche katholische Kirche, der eigentliche Garant dieser Ordnung, stand vor ihrer Spaltung. Mein Buch erschien zur rechten Zeit und es war zu dieser Zeit notwendig.

Galilei:

Im 18. Jahrhundert hat es in Brandenburg einen absoluten Herrscher gegeben, der sich als ersten Diener seines Staates bezeichnete. Der tat bei seinem Regierungsantritt zweierlei. Erstens veröffentlichte er einen Anti-Machiavelli, zwar anonym, aber sein Freund, der französische Philosoph, sorgte dafür, dass man bald wusste, wer der Autor war. Zweitens brach er das Wort seines Vaters, der die Erbfolge der Kaiserin anerkannt hatte, natürlich nicht ohne sich gut dafür bezahlen zu lassen. Unser Antimachiavellist fiel in Schlesien ein, nicht nur um es zu annektieren, sondern, weil er den Augenblick, da eine Frau auf dem Thron saß, für günstig hielt, das Kaiserhaus Österreich zu stürzen. Das ist ihm zwar nicht gelungen, aber den Krieg hat er mit knapper Not in der dritten Runde gewonnen, unter entsetzlichen Verlusten. Deshalb nannte man ihn später auch »den Großen«.

Machiavelli:

Gibt es einen besseren Beweis für die Richtigkeit meiner Theorie?

Galilei:

In gewissem Sinne habt Ihr Recht, aber dieser »große« König war ein besserer Machiavellist als Ihr. Er hat sich, wie Ihr es ihm geraten habt, als redlichen und gewissenhaften Herrscher dargestellt und dabei ohne Bedenken das Wort seines Vaters gebrochen. Um ein guter Machiavellist zu sein, muss man erst einmal einen Anti-Machiavelli schreiben. Ihr selbst, Messer Machiavelli, hättet dafür sorgen müssen, dass Euer Buch auf den Index kommt. Ihr hättet es, getreuer und selbstloser Fürstendiener, der Ihr doch sein wolltet, gar nicht drucken lassen dürfen. Indem Ihr die Grundlagen absolutistischer Macht so schonungslos aufgedeckt habt, habt Ihr doch selbst schon die Axt an ihre Wurzel gelegt. Welchen Zweck soll es noch haben zu heucheln, wenn einem in aller Öffentlichkeit die Erlaubnis dazu erteilt worden ist? Wozu sollen Personen Verträge schließen, denen man von vorneherein das Recht zuerkannt hat, sie zu brechen?

Machiavelli:

Die Wahrheit muss man sagen dürfen, auch wenn sie disfunktional ist.

Galilei:

Geht es Euch also um die Wahrheit oder geht es Euch um die Begründung und Erhaltung des absolutistischen Systems, die Ihr gerade als Euer historisches Verdienst für Euch in Anspruch genommen habt?

Machiavelli:

Offenbar hat meine Aufdeckung der Grundlagen des absolutistischen Systems dessen Stabilisierung nicht verhindert. Was die Heuchelei betrifft, so verhält es sich mit ihr wie mit der Schmeichelei. Am besten wirkt sie natürlich, wenn sie geglaubt wird. Aber sie stabilisiert die Stellung des Machthabers auch dann, wenn sie durchschaut wird. Das wußten vor allem die Führer der totalitären Staaten des Zwanzigsten Jahrhundert.

Galilei:

Ihr selbst seid mit all Eurer Weltklugheit aber nicht so sehr weit gekommen. Erst habt Ihr die Republik verteidigt, dafür seid Ihr von den Medici verfolgt und sogar gefoltert worden. Dann habt Ihr Euren überdimensionalen Bewerbungsbrief an den Medici geschrieben, um ihn davon zu überzeugen, dass Ihr ein brauchbarer Diener und kein Republikaner seid. Und als die Medici dann davongejagt waren, hat man Euch natürlich wieder kaltgestellt, weil man Euch für einen Anhänger der Medici hielt. Und dabei wart Ihr doch immer nur ein Anhänger von Nicolo Machiavelli. Trotzdem wart Ihr am Ende ein armer Mann.

Machiavelli:

Nicht so arm, wie Ihr, Professore. Ihr wart am Ende ein Gefangener der Inquisition in Eurem eigenen Haus, gedemütigt und mundtot gemacht und zu heilsamer Buße verurteilt. Warum musstet Ihr nach Rom kommen, um Eurem Akademie-Kollegen, Papst Urban VIII, zu beweisen, dass Ihr der bessere Astronom seid? Ihr hättet nach Venedig gehen können, dort hatte die Inquisition nichts zu melden. Die Venezianer hätten Euch geschützt, obwohl Ihr damals Ihre Universität in Padua so schnöde verlassen habt, um Euch ausschließlich Euren Forschungen zu widmen, statt den Studenten den Euklid beizubringen. Sie hätten Euch geschützt, um der Inquisition eine Nase zu drehen und dem Papst die Grenzen seiner Macht zu zeigen.

Galilei:

Ich habe meinen Dialog nicht geschrieben, um der Inquisition eine Nase zu drehen. Ich wollte die Wahrheit über die Sterne sagen. Kein Gelehrter widersteht der Versuchung, seine Lehre vor den Mächtigen darzulegen, die darüber zu entscheiden haben, was geglaubt werden darf. Und kein Gelehrter widersteht der Versuchung, sich in aller Öffentlichkeit gegen Missverständnisse, falsche Einwände und ungerechte Vorwürfe zur Wehr zu setzen. Weder Hus hat ihr widerstanden noch Luther.

Machiavelli:

Und Ihr habt genauso wenig Gelegenheit bekommen, Euch zu verteidigen, wie Hus. Genauso wie ihn hat man Euch einfach nur gefragt, ob Ihr widerru-

fen wollt oder nicht. Das einzige Argument, dass man Euch entgegenhielt, war Josua 10, Vers 12.

Galilei:

Sonne, steh still zu Gibeon, und Mond, im Tal Ajalon! Als wenn der allmächtige Gott Barbarinis nicht ebenso leicht die Erde hätte anhalten können, bis die Israeliten die Amoriter abgeschlachtet hatten, wie den Mond und die Sonne. Es ist wahrhaftig schwer, sich gegen Gegner zu verteidigen, die einem Argumente entgegenhalten, an die sie selbst nicht glauben.

Machiavelli:

Also, warum seid Ihr dann nach Rom gegangen? Ihr hättet nur zu warten brauchen. Schließlich hatten auch andere die Trabanten des Jupiter gesehen und das Kopernikanische System hätte sich ohne viel Geschrei ganz von alleine durchgesetzt.

Galilei:

Jetzt seid Ihr naiv, Messer Machiavelli. So stellt Ihr Euch das also vor: Ich habe das Fernrohr, dessen Bauweise ich von irgendeinem holländischen Optiker abgesehen hatte, auf den Jupiter gerichtet, seine Trabanten gesehen und ausgerufen: Heureka, da ist ja das Sonnensystem im Kleinen! Glaubt Ihr, die Astronomen des Vatikans hatten kein Fernrohr? Glaubt Ihr, sie haben die Trabanten des Jupiters nicht gekannt? Sie kannten sie ebenso, wie die Marschleifen, die Hörner der Venus und die Sonnenflecken. Für alles fanden sie eine Erklärung, indem sie das System immer noch komplizierter machten. Und wenn dann das eine oder andere nicht so ganz zusammenpasste, was machte es, schließlich hatten sie Josua 10, Vers 12, und den Aristoteles und nicht zuletzt einen allmächtigen Gott, der seine Allmacht ständig dadurch beweist, dass er dem Mars befiehlt, bald vorwärts und bald rückwärts zu laufen. Unsere trefflichen Aristoteliker nahmen lieber jede Kompliziertheit und jede Unstimmigkeit in den Einzelheiten in Kauf, statt auch nur ein einziges Mal ihre Grundannahmen gewissenhaft und vorurteilsfrei zu prüfen. Denn unsere Gelehrten lieben die Kompliziertheit, so wie die Mächtigen die Zweideutigkeit. Je komplizierter ein System ist, desto mehr gibt es ihnen Gelegenheit, ihre Gelehrsamkeit, ihren Scharfsinn und ihre dogmatische Phantasie zu entfalten. Darum ist eine Komplikation, wenn sie erst einmal in das System eingeführt ist, nicht wieder daraus zu entfernen, bis das System so kompliziert und unklar geworden ist, dass man alles und nichts daraus ableiten kann. Das Geozentrische System hatte diesen Status erreicht.

Machiavelli:

Habt Ihr etwas gegen Scharfsinn, Professore?

Galilei:

Es gibt nur ein Mittel gegen zu viel Scharfsinn.

Machiavelli:

Und das wäre?

Galilei:

Noch mehr Scharfsinn.

Machiavelli:

Und trotzdem hätte sich das Kopernikanische Weltbild auch ohne Eure Hilfe durchgesetzt. Schließlich hatte Kepler die Planetenbahnen bereits genauer berechnet als Ihr. Überhaupt, Kepler, er hatte Euch seine Bewunderung gezollt und seine Zusammenarbeit angetragen. Aber Ihr habt ihn nicht weiter beachtet.

Galilei:

Die Zusammenarbeit unter Gelehrten ist ein Kapitel für sich. Kepler habe ich vielleicht Unrecht getan, aber ich hatte einfach nicht die Geduld, die Planetengesetze, diese drei Goldkörner, aus einem Haufen tollkühner Spekulationen über die Harmonie der Welt hervorzukramen, über Sphärenmusik und Zahlenmystik und einen angeblichen Zusammenhang zwischen dem Umfang der Planetenbahnen und den regelmäßigen geometrischen Körpern. Kepler war eine eigenartige Erscheinung des Übergangs zwischen Naturphilosophie und Naturwissenschaft. Bei der Entwicklung der Planetengesetze hat er streng wissenschaftlich gearbeitet. Die zahllosen exakten Beobachtungen von Tycho ausgewertet und unnachlässig seine eigenen Fehler erkannt. So konnte er seine Planetengesetze verbessern. Im Übrigen hatte er aber allzu viel von unseren trefflichen Naturphilosophen an sich. Die haben immer gleich die ganze Welt und ihre Ordnung und ihre prästabilisierte Harmonie im Blick. Für Einzelheiten interessieren sie sich im Grunde nicht. Ihnen ist es das höchste, die Wissenschaft mit einem neuen Begriffssystem zu beglücken oder mit einer neuen Weltsicht, darunter machen es die Herren nicht. An einer Verbesserung der herrschenden Theorie in den Einzelheiten, an einer gewissenhaften Korrektur ihrer Fehler, an einer Klärung und Präzisierung einzelner Begriffe sind sie wenig interessiert. Und wenn die Einzelheiten dann nicht zu ihrem System passen, umso schlimmer für die Einzelheiten.

Man sieht mich immer als den Schöpfer des Experiments. Aber das ist gar nicht das Entscheidende. Experimentiert haben auch schon Aristoteles und Archimedes und Friedrich II. von Hohenstaufen. Was die neue Wissenschaft ausmacht, das ist ihre Bereitschaft, sich mit allem Aufwand und aller Sorgfalt und ohne das Bestreben, lediglich eine vorgefasste Meinung zu beweisen, einer einzigen Frage zu widmen. Warum schwimmt Eis auf dem Wasser? Warum gibt es Ebbe und Flut? Fallen schwere Körper wirklich schneller als leichte oder nicht? Das systematische Experiment als Methode zur Beantwortung solcher Fragen ergibt sich dann von alleine. Nicht anders als durch systematisches Experimentieren kann man den Dissens zwischen Aristoteles und Archimedes um die Frage entscheiden, warum eine Eisscholle schwimmt. Ich habe die Ansicht des Archimedes vertreten, dass sie deshalb schwimmt, weil sie leichter ist als das Wasser. Mein Gegner Colombe, der sich selbst als Anti-Galilei bezeichnete, hat die Ansicht des Aristoteles vertreten, dass die

Eisscholle deshalb schwimmt, weil ihre flache Form sie daran hindert, das Wasser zu durchdringen.

Machiavelli:

Also hättet Ihr Euch geschlagen geben müssen, als Colombe sein Experiment mit den Ebenholzplättchen und der Ebenholzkugel vorführte. Ebenholz ist schwerer als Wasser, trotzdem blieben die dünnen Ebenholzplättchen, die Colombe auf das Wasser legte, an der Oberfläche, während die Ebenholzkugel sofort hinuntersank.

Galilei:

Dieses Phänomen konnte ich nicht erklären, aber die Aristotelische Theorie konnte zahllose andere nicht erklären, z.B. nicht die Tatsache, dass die flache Eisscholle mühelos durch das Wasser nach oben steigt, wenn man sie auf den Grund niederdrückt und dann loslässt. Es wäre besser bestellt um die Wissenschaft, wenn die Gelehrten sich dazu bequemen, ihre eigenen Theorien einmal an den Maßstäben zu messen, an denen sie die anderen so kläglich scheitern lassen.

Machiavelli:

Aber nach Euren eigenen Maßstäben müsstet Ihr doch zugeben, dass das Experiment des Colombe die Theorie des Aristoteles beweist und gegen die des Archimedes spricht.

Galilei:

Wenn man eine Theorie mit der Begründung verwirft, sie könne eine bestimmte Erscheinung nicht erklären, und eine andere mit der Begründung propagiert, dass sie dies könne, so sollte die andere Theorie wenigstens in der Lage sein, das Phänomen insgesamt zu erklären und nicht nur einen Einzelfall. Colombe hat seine Ebenholzplättchen wohlweislich sehr vorsichtig auf das Wasser gelegt, damit sie nur ja nicht absacken und damit die Theorie des Archimedes beweisen. Hätte er sie nur ein wenig schief gelegt oder sie ein wenig unter die Wasseroberfläche gedrückt, so hätten auch diese flachen Plättchen mühelos die Wassersäule durchdrungen. Und hätte er statt eines flachen Ebenholzplättchens ebenso vorsichtig eine runde Nähnadel auf das Wasser gelegt, so wäre diese ebenfalls oben geblieben. Auch das wäre mit der Aristotelischen Theorie unvereinbar gewesen, die er mit seinem Experiment beweisen wollte. Unsere Gelehrten entwickeln ihre theoretischen Vorschläge oft an ein paar wenigen Fällen, auf die sie gerade passen, und vergessen darüber all die vielen anderen Fälle, auf die sie offensichtlich nicht passen.

Machiavelli:

Ihr habt auch einmal eine Erklärung akzeptiert, nur weil sie Euch in das Konzept paßte. Ihr habt Ebbe und Flut mit der Drehung der Erde erklären wollen. Es mag sein, dass es diesen sog. Galilei-Effekt gibt, er wäre aber viel zu schwach, um Ebbe und Flut zu erklären. Vor allem aber müßte es nach

Eurer Theorie innerhalb einer Erddrehung nur eine Flut geben und nicht zwei. Auch in diesem Punkte hatte Kepler recht und nicht Ihr.

Galilei:

Aber es ging mir doch gar nicht um Ebbe und Flut, sondern eben um das heliozentrische Planetensystem. Die Erklärung für Ebbe und Flut war für mich nur ein Vorwand. Der Kopernikus war zwar nicht zur Häresie erklärt, aber auf den Index gesetzt worden. Wie hätte ich da einen Dialog veröffentlichen können unter dem Titel über das Planetensystem.

Machiavelli:

Ich bleibe dabei, dass sich das heliozentrische Planetensystem auch ohne Eure Hilfe durchgesetzt hätte, und zwar sehr bald. Aber Ihr konntet den Gedanken nicht ertragen, dass ein anderer, vielleicht Kepler, als Überwinder des Geozentrischen Systems in die Geschichte der Astronomie eingeht. Darum seid Ihr nach Rom gegangen und ein Opfer Eurer Gelehrten-Eitelkeit geworden, statt nach Venedig zu gehen oder ins Ausland, wo man Euch mit Freuden aufgenommen hätte.

Galilei:

Vielleicht hätte ich auf den Scheiterhaufen gehen sollen. Ein weiterer Märtyrer der Wissenschaft hätte auch der Kirche am Ende weniger geschadet als ein gedemütigter Galilei.

Machiavelli:

Und wer hätte dann die Diskorsi geschrieben? Lohnt es sich, auf den Scheiterhaufen zu gehen für die Wahrheit, dass $2 \times 2 = 4$ ist?

Galilei:

In einem Roman aus der Mitte des 20. Jahrhunderts steht der Satz: »Die Freiheit ist die Freiheit, zu sagen, dass $2 \times 2 = 4$ ist.«