

Göttinger Studien  
zu den Kriminalwissenschaften

Heinz Koriath, Ralf Krack, Henning Radtke,  
Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Grundfragen des Strafrechts,  
Rechtsphilosophie und die  
Reform der Juristenausbildung



Universitätsverlag Göttingen



Heinz Koriath, Ralf Krack, Henning Radtke, Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie  
und die Reform der Juristenausbildung

This work is licensed under the  
[Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”,  
allowing you to download, distribute and print the  
document in a few copies for private or educational  
use, given that the document stays unchanged  
and the creator is mentioned.  
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 12 in der Reihe „Göttinger Studien zu den  
Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2010

---

Heinz Koriath, Ralf Krack,  
Henning Radtke, Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Grundfragen des Strafrechts,  
Rechtsphilosophie und die  
Reform der Juristenausbildung

Wissenschaftliches Kolloquium aus  
Anlass des 70. Geburtstages von  
Prof. Dr. Fritz Loos  
am 23. Januar 2009

Göttinger Studien zu den  
Kriminalwissenschaften  
Band 12



Universitätsverlag Göttingen  
2010

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

*Herausgeber der Reihe*

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murrmann

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Tim Krause

© 2010 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-941875-80-7

ISSN: 1864-2136

## **Inhalt**

Vorwort der Herausgeber .....	1
Rettungsfolter und (Völker-) Strafrecht <i>Kai Ambos</i> .....	5
Zur strafrechtlichen Bewertung des Alkoholkonsums <i>Dieter Dölling</i> .....	17
Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie <i>Gunnar Dutge</i> .....	31
Einmal mehr und immer wieder: Zur Reform der Juristenausbildung Gedanken eines jungen Emeritus zu einem alten Thema <i>Klaus Geppert</i> .....	55
Zum Begriff der Person im Recht <i>Günther Jakobs</i> .....	69
Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs <i>Jörg-Martin Jehle</i> .....	85
Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte <i>Heinz Koriath</i> .....	103
Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente – insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs <i>Ralf Krack</i> .....	145
Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme <i>Manfred Mainwald</i> .....	159
Kritik des funktionalen Strafrechts <i>Uwe Murmann</i> .....	189
Verzeichnis der Herausgeber und Autoren .....	209





## Vorwort

Am 23. Januar 2009 feierte *Fritz Loos* in Göttingen seinen 70. Geburtstag im Kreis seiner Familie. Sein Geburtstag war Anlass für die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, deren kriminalwissenschaftliches Institut und für die akademischen Schüler von *Fritz Loos* gewesen im Rahmen eines wissenschaftlichen Kolloquiums am 25. April 2009 in Göttingen einige Facetten seines akademischen Werdegangs, seines wissenschaftlichen Werks sowie seines stetigen und intensiven Einsatzes für die Verbesserung der universitären Juristenausbildung in Deutschland zu beleuchten.

Im Siegerland geboren wuchs *Fritz Loos* in einer im wahrsten und besten Sinne des Wortes bildungsbürgerlichen Familie auf. Seine Eltern waren beide Gymnasiallehrer, seine Mutter eine der ersten Philologinnen, die in Deutschland promovierte. Vieles von dem, was ihn als Menschen und Wissenschaftler charakterisiert, dürfte bereits in diesem Elternhaus angelegt worden sein: die ungemein umfassende Bildung, die Belesenheit und die Vertrautheit mit der Philosophie, die nicht nur das wissenschaftliche Werk durchzieht, sondern auch für die Person *Fritz Loos* kennzeichnend ist. Nach dem glänzend absolvierten Studium in Bonn und dem juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf wird *Hans Welzel* auf den hochbegabten, von der Studienstiftung geförderten jungen Juristen aufmerksam und reiht ihn in die nicht geringe Zahl seiner Assistenten ein. In Gesprächen mit *Fritz Loos* wird immer wieder deutlich, wie prägend die gemeinsame Bonner Zeit u.a. mit *Günter Jakobs*, *Hans-Joachim Hirsch*, *Hans-Ludwig Schreiber*, aber auch *Eberhard Struensee* für ihn war. Nicht nur die Seminare bei *Hans Welzel* und *Armin Kaufmann* sind legendär, sondern auch die Tischtennisturniere auf den zusammen geschobenen Schreibtischen in den gemeinsamen Assistentenzimmern. Die natürlich im Vordergrund stehende wissenschaftliche Beeinflussung durch den Lehrer *Hans Welzel* wird in der exzellenten Dissertation „Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers“ (1970) deutlich. Die Habilitationsschrift zur Rechtsgutslehre, de-

ren wesentliche Erkenntnisse in seinem Beitrag für die Welzel-Festschrift (Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1974) publiziert sind, zeigt bereits die grundlegende Ausrichtung der zukünftigen Forschungstätigkeit an, die Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts unter ganz verschiedenen Aspekten. Einen gewissen Schwerpunkt bilden dabei Beiträge zu subjektiven Elementen der Straftat; der subjektive Tatbestand des Vorsatzdelikts wird ebenso behandelt wie vor allem auch die Bedeutung des subjektiven Rechtfertigungselements (siehe dazu den Beitrag in der Festschrift für Dietrich Oehler, 1985).

Die Bonner Assistentenzeit endet 1975 mit der Berufung nach Göttingen, zunächst als akademischer Rat und Professor. Der Göttinger Fakultät ist *Fritz Loos* bis zu seiner Emeritierung 2006 trotz eines ehrenvollen Rufs an die Juristische Fakultät der Universität zu Köln treu geblieben. Er hat der Fakultät als Dekan gedient und in seiner Amtszeit den Kontakt zu der Universität in Nanking zu einer Zeit begründet, zu der wissenschaftliche Kontakte in die Volksrepublik China keineswegs die Regel waren. Die Kontaktaufnahme hat sich als außerordentlich fruchtbar und in Gestalt des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft institutionell stabil über mittlerweile mehr als 20 Jahre erwiesen. Neben der akademischen Selbstverwaltung in der Fakultät war *Fritz Loos* vier Jahre lang als Wahlsenator der Georg-August-Universität engagiert. Über seine Universität hinaus hat sein besonderes Augenmerk in mehrfacher Hinsicht stets der deutschen Juristenausbildung gegolten. *Fritz Loos* hat immer wieder im Ständigen Ausschuss des Deutschen Juristen-Fakultätentages (DJFT), dessen langjähriges Ausschussmitglied und Vorsitzender er war, für eine sinnvolle und moderate Reform der im Ausland zu Recht hoch geschätzten deutschen Juristenausbildung gekämpft und unsinnige Vorschläge aus der Politik abzuwehren unternommen. Bei diesem Wirken ist ihm der gute Kontakt zu den Leitern sämtlicher Justizprüfungsämter in Deutschland zugute gekommen, der sich aus seiner Tätigkeit als Vizepräsident des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamtes ergab. Die jetzige Gestalt des juristischen Studiums mit der Aufgabe eines reinen Staatsexamens zugunsten einer Ersten Prüfung mit einem Staatsexamensanteil und der universitären Schwerpunktbereichsprüfung am Ende des Schwerpunktstudiums geht auf Vorschläge des Ständigen Ausschusses des DJFT zurück, die *Fritz Loos* maßgeblich mit gestaltet hat. Dass die Politik die Ideen des DJFT in einer Weise umgesetzt hat, die sich der Ständige Ausschuss so gerade nicht vorgestellt hatte, ist wohl unvermeidlich und dennoch sehr zu bedauern.

Neben dem Strafrechtsdogmatiker und dem Rechtsphilosophen sowie dem in der akademischen Selbstverwaltung herausragend engagierten Universitätsprofessor *Fritz Loos* soll aber der akademische Lehrer *Fritz Loos* nicht vergessen werden, auch wenn diese Seite seines akademischen Wirkens in den in diesem Band zusammen gefassten Beiträgen des Kolloquiums nicht ausgedrückt werden kann. Wer aber je eine Lehrveranstaltung bei *Fritz Loos* gehört hat, weiß sofort, was gemeint ist. Der akademische Lehrer *Fritz Loos* ist ein brillanter Lehrer. Völlig unprätentiös, ohne Effekthascherei, aber mit großer eigener Begeisterung für die Sache, mit

enormem rhetorischem und didaktischem Geschick auch ohne Einsatz „moderner Medien“ fesselt er seine Hörer und begeistert sie für den vorgetragenen Rechtsstoff, weil man merkt, dass er ihn selbst fesselt und dass es ihm ein echtes Anliegen ist, auf höchstem Niveau zu lehren und den Stoff zu vermitteln, dessen es bedarf, um im Examen zu reüssieren. Bedauerlich für all jene, die nie in den Genuss gekommen sind, den Lehrer *Fritz Loos* im Hörsaal zu erleben.

Der vorliegende Band enthält die auf dem Kolloquium am 25. April 2009 von *Klaus Geppert*, *Ralf Krack* und *Günter Jakobs* gehaltenen Vorträge und wird ergänzt durch Beiträge, die frühere und jetzige Göttinger Kollegen von *Fritz Loos* zu seinen Ehren verfasst haben. Mit dem Tagungsband verfolgen die Herausgeber das Anliegen, den Lehrer und Wissenschaftler *Fritz Loos* in möglichst vielen Facetten seiner Person zu würdigen und als seine akademischen Schüler Dank zu sagen, für die Förderung, die er uns hat zukommen lassen. Es ist zukünftigen Generationen von Assistenten zu wünschen, dass ihnen ihre Lehrer ein solches Maß an fördernder Unterstützung bei Gewähren größtmöglicher Freiheit in dem eigenen wissenschaftlichen Schaffen zuwenden, wie wir es bei *Fritz Loos* stets erlebt haben. Ein besseres Umfeld, um sich als junger Wissenschaftler selbst zu entwickeln und zugleich zu wissen, jederzeit Rücksprache halten, die eigenen wissenschaftlichen Ideen präsentieren und Rat einholen zu können, lässt sich nicht vorstellen.

Unser Dank gilt auch den Kollegen des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Georg-August-Universität Göttingen für das Angebot, den Tagungsband in der Schriftenreihe des Instituts zu publizieren, sowie für die Unterstützung bei der Durchführung des Kolloquiums selbst.

Göttingen, Hannover, Osnabrück, Saarbrücken

Die Herausgeber



## Rettungsfolter und (Völker-) Strafrecht

*Kai Ambos\**

*Fritz Loos* hat immer ein offenes Ohr für die Fragen und Nöte junger Kollegen. Ich selbst durfte davon seit meiner Berufung nach Göttingen im Jahre 2003 häufig profitieren. Auch um meine Dankbarkeit auszudrücken, habe ich mit seinem Schüler *Henning Radtke* und mit der Hilfe spanischer und lateinamerikanischer Kollegen einige seiner wichtigsten Aufsätze in spanischer Sprache herausgebracht.<sup>1</sup> Eigentlich war das mein Beitrag zu seinem 70. Geburtstag und ich wollte es dabei belassen. Aber natürlich kann man eine Einladung zu einer in der eigenen Institutsreihe erscheinenden Festschrift nicht ablehnen. So seien also diese, ursprünglich in englischer Sprache entwickelten Gedanken<sup>2</sup> zu Rettungsfolter und (Völker-)Strafrecht *Fritz Loos* in herzlicher Verbundenheit zugeeignet. *Ad multos annos!*

---

\* Der Beitrag ist die redigierte Zusammenfassung meines Vortrags beim XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi/XXVII. Internationales Seminar deutsch-italienischer Studien. „Problemi attuali della giustizia penale internazionale“/„Aktuelle Probleme der internationalen Strafjustiz“, Meran 26.-27.10.2007. Er beruht auf dem Aufsatz „May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?“, *Journal of International Criminal Justice* („JICJ“) 6 (2008), S. 261-287; in spanisch in: *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona 2009. Dort finden sich auch noch weitere Nachweise. Ich danke meiner Mitarbeiterin Maria-Laura Böhm für wertvolle Unterstützung bei der Aktualisierung.

<sup>1</sup> *K. Ambos/ H. Radtke* (Hrsg.), *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*. Santiago de Chile (Editorial Jurídica de Chile) 2009; auch veröffentlicht in: *ZIS* 2009, 198 ff. <[www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)>

<sup>2</sup> S. o. Fn. 1.

## I.

Die alte Debatte um die *Ticking Bomb* Fälle in Israel bedarf vor dem Hintergrund der ständig steigenden Bedrohung durch Terroristen und des deutschen Fall *Gäffen* einer Neubetrachtung. Die Problematik beschäftigt Israel bereits seit Jahrzehnten, ist aber immer noch hochaktuell. So wurde schon 1985 eine Untersuchungskommission eingesetzt, die sich mit den Praktiken israelischer Sicherheitsbeamter bei der Vernehmung verdächtigter Terroristen befasste.<sup>3</sup> Es liegt auch ein einschlägiges Urteil des Israelischen Obersten Gericht vor.<sup>4</sup>

Worum geht es in diesen Fällen? Bei den *ticking bomb* Fällen haben die Ermittler einen Tatverdächtigen festgenommen, von dem sie glauben, er gehöre zu einer terroristischen Organisation und habe Informationen über bestimmte Anschläge, wisse beispielsweise dass eine bestimmte Bombe zu einem bestimmten Zeitpunkt explodiere. Nur unter Anwendung von Zwangsmaßnahmen können sie die Informationen erhalten und so das Leben Unschuldiger retten. Das ist ein klassisches Beispiel heutiger Terrorismusbekämpfung und spiegelt häufig die Realität in Israel – und nicht nur dort! – wieder.

Ein parallel gelegener Fall ist der Fall *Gäffen/Daschner*, der in Deutschland kürzlich die Gemüter erregt hat.<sup>5</sup> Der Jurastudent *Markus Gäffen* entführte *Jakob von Metzler*, den 11-jährigen Sohn eines Bankiers aus Frankfurt, um Lösegeld zu erpressen. Bei der Geldübergabe wurde er festgenommen und anschließend verhört, weigerte sich jedoch, den Aufenthaltsort des Jungen preiszugeben. Nach einem Tag erfolgloser Befragung befahl Polizeivizepräsident *Daschner* einem Untergebenen, *Gäffen* mit der Zufügung von Schmerzen zu drohen, wenn er nicht endlich sagen würde, wo er den Jungen versteckt hielt.<sup>6</sup> *Daschner* sah hierin die einzige Möglichkeit, das Leben von *Jakob* zu retten. Die Drohung zeigte Wirkung. *Gäffen* kooperierte, die Polizei konnte allerdings nur noch die Leiche des Jungen bergen. Der Fall hatte mehrere Strafverfahren zu Folge. *Daschner* und sein Untergebener

<sup>3</sup> “Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity” (im Folgenden “Commission of Inquiry”), Auszüge aus der englischen Übersetzung abgedruckt in *Israel Law Review* 23 (1989), S. 146, S. 184 (§ 4.7).

<sup>4</sup> Supreme Court of Israel, *Public Committee Against Torture et al. vs. State of Israel et al.*, Urteil 6. September 1999, abgedruckt in S. Levinson (ed.), *Torture: A Collection* (Oxford 2004), S. 165 ff. Für eine zusammenfassende und kritische Analyse dieser Entscheidung siehe *A. Imsei*, Moderate Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgement Concerning the Legality of General Security Services Interrogation Methods, *Berkeley Journal of International Law* 19 (2001) S. 328, S. 339 ff.; *M. Gur-Arye*, Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?, in Levinson, o. Fn. 4, S. 186, S. 186 ff.; *D. Kretzmer*, The Torture Debate: Israel and Beyond, in D. Downes et al. (eds.), *Crime, Social Control and Human Rights, Essays in Honour of Stanley Cohen* (Cullompton 2007) S. 120, S. 127-129; siehe kritisch zu der früheren Rechtsprechung des obersten Gerichts zu diesem Thema *M. Krennitzer/ R. Seger*, The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?, *Israel Law Review* 34 (2000), S. 509, S. 513 ff.; siehe auch *E. Benvenisti*, The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists, *European Journal of International Law* 8 (1997) S. 596 ff.

<sup>5</sup> Landgericht Frankfurt, Urteil v. 20. Dezember 2004, abgedruckt in *NJW* 2005, S. 692-696.

<sup>6</sup> LG Frankfurt, o. Fn. 5, S. 692 r. Sp.

wurden unter anderem wegen Nötigung, *Gäjgen* wegen Mordes verurteilt.<sup>7</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat – im Rahmen der üblichen Gesamtbetrachtung – das Verfahren nicht als insgesamt unfair beurteilt, insbesondere weil das erstinstanzliche Landgericht Frankfurt (natürlich) die Verwertung des abgepressten Geständnisses und darauf beruhender Aussagen für unverwertbar (§ 136a StPO) erklärt hat.<sup>8</sup>

Diese beiden Fälle sind strukturell identisch und lassen sich zu einem *Modellfall* vereinen, anhand dessen die – wohl von der h.M. vertretene – These von der Absolutheit des Folterverbots auf eine harte Probe gestellt wird. In unserem Modellfall haben die Ermittlungsbehörden einen Tatverdächtigen festgenommen, der über wichtige Informationen verfügt, z.B. weiß, wo sich das in Lebensgefahr schwebende Opfer befindet (Entführungsfall), oder weiß, wann und wo eine Bombe explodieren kann (*ticking bomb* Fall). Gelangen die Behörden an diese Informationen, können sie das Leben Unschuldiger retten.<sup>9</sup>

Vielfach wird gesagt, dass dieser Fall rein theoretisch sei und so in der Praxis nicht vorkomme. Sicherlich befindet sich die Polizei während der Ermittlungen erst in einem Verdachtsstadium und kann nicht mit Sicherheit wissen, ob der Verdächtige tatsächlich über die lebensrettenden Informationen verfügt. Aber das ist nicht die entscheidende Frage. Es geht vielmehr um die konzeptionelle, methodische Frage, ob das Folterverbot in Anbetracht solcher – zugegebenermaßen: eher theoretischer – Fälle in seiner Absolutheit Bestand haben kann. Wenn ein Verbot absolut ist, dann darf es eben keinen, auch keinen theoretischen, Fall geben, der das Verbot widerlegt; andernfalls ist es eben nicht absolut. *Reinhard Merkel* hat die Problematik in der Festschrift für *Günter Jakobs* auf den Punkt gebracht: Wer sagt, dass es ein absolutes Folterverbot gibt, muss diese These in allen Fällen, auch in diesen Extremfällen, aufrechterhalten können.<sup>10</sup>

Aus rechtsvergleichender Sicht ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Die beiden Ausgangsfälle sind reale Fälle. In beiden Fällen gab und gibt es intensive Diskussionen in nationalen und internationalen Zirkeln, bei denen durchaus ähnliche Argumente ausgetauscht werden.<sup>11</sup> Dennoch werden die Diskussionen nahezu

<sup>7</sup> LG Frankfurt, Urteil v. 9. April 2003, abgedruckt in StV (2003) S. 325; bestätigt in der Revision, siehe BGH, Urteil v. 21. Mai 2004 (2 StR 35/04) und BVerfG, Urteil v. 14. Dezember 2004 (2 BvR 1249/04).

<sup>8</sup> *Gäjgen v. Deutschland*, Urt. v. 30.6.2008 - No. 22978/05 (NStZ 2008, 699), para. 97 ff. m.w.N. Zur Unverwertbarkeit von (transnationalen) Folterbeweisen vgl. auch *K. Ambos*, Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen, StV 2009, 151 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Für weitere Beispiele von „ticking-bomb“-Fälle siehe *Y. Ginbar*, Why Not Torture Terrorists? Moral, practical, and legal aspects of the “ticking bomb” justification for torture (Oxford 2008), S. 357 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *R. Merkel*, Folter und Notwehr, in *M. Pawlik/ R. Zaczyk* (Hg.), FS für Günther Jakobs (Berlin 2007) S. 375, S. 381, 389. Siehe auch *A. Enker*, The Use of Physical Force in Interrogations and the Necessity Defence, in Hebrew University of Jerusalem/Center for Human Rights, Israel and International Human Rights Law: The Issue of Torture (1995) S. 55, S. 73; *Kretzmer*, o. Fn. 4, S. 123; *L. Greco*, Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen, GA 154 (2007) S. 628, S. 642 mit Fn. 70, S. 629 und 643; über einen solchen Extremfall auch *H. Shue*, Torture, in *Levinson*, o. Fn. 4, S. 47, S. 57.

<sup>11</sup> Siehe o. Fn. 4 und Haupttext.

vollständig getrennt voneinander geführt, ohne dass die Parallelen aufgezeigt oder nur berücksichtigt würden. Ausnahmen bestätigen die Regel. So haben *Brugger* und *Weilert* die israelische Diskussion rezipiert.<sup>12</sup> Von der israelischen Seite sind die Arbeiten von *Kremnitzer* hervorzuheben.<sup>13</sup> Er hat die deutsche Diskussion hervorragend analysiert. Im Regelfall gibt es aber keinen Gedankenaustausch. Dies ist umso bedauerlicher, als es sich um ein aktuelles und international sehr wichtiges Thema handelt, für das eine Lösung *pro futuro* gefunden werden muss. Die Rechtsvergleichung kann dabei einen wichtigen Beitrag leisten.

## II.

Völkerrechtlich gesehen ist das Folterverbot zweifelsohne absolut,<sup>14</sup> es ist zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*).<sup>15</sup> Was aber ist Folter? Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof differenziert nach den verschiedenen *degrees of injury*, also dem Verletzungsgrad. Der Gerichtshof hat drei Kategorien entwickelt: torture, mistreatment und ordinary treatment.<sup>16</sup> Dies wirft Abgrenzungsprobleme auf. In der

<sup>12</sup> *W. Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 55 (2000) S. 165, S. 168 mit Fn. 13; *A.K. Weilert*, Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen. Eine Analyse anhand der deutschen, israelischen und pakistanischen Rechtsvorschriften vor dem Hintergrund des jeweiligen historisch-kulturell bedingten Verständnisses der Menschenwürde (Heidelberg 2009), S. 231 ff.

<sup>13</sup> *M. Kremnitzer*, The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service?, Israel Law Review 23 (1989) S. 238 ff. Siehe ausführlich zur Folter in der israelischen Geschichte und in der Gegenwart *Weilert*, o. Fn. 12, S. 231 ff.; insbes. zur Landau Commission siehe S. 245 ff. Siehe auch *Ginbar*, o. Fn. 9, S. 171 m.w.N.

<sup>14</sup> Siehe dazu die Vorschriften in internationalen und regionalen Menschenrechtsverträgen, vor allem Art. 7 ICCPR, Art. 2 UN-CAT, Art. 3 ECHR, Art. 5(2) AMRK; bezüglich des humanitären Völkerrechts siehe den gemeinsamen Art. 3 (1) der Vier Genfer Konventionen (GK) von 1949 sowie Art. 17(4) Dritte Genfer Konvention (GK III), Art. 32 GK IV, Art. 75(2)(ii) Zusatzprotokoll I und Art. 4(2)(a) Zusatzprotokoll II GK. Ausführlich zum Folterverbot im europäischen und Völkerrecht *M. Möhlenbeck*, Das absolute Folterverbot. Seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung (Frankfurt a.M. 2008), S. 39 ff., S. 56; siehe auch für die internationalen Folterverbote *J.P. Polzin*, Strafrechtliche Rechtfertigung der „Rettungsfolter“? Eine Analyse der deutschen Rechtslage unter Berücksichtigung internationaler Normen und Entwicklungen (Hamburg 2008), S. 59 ff.; *J. Kümmel*, Eine rechtliche Betrachtung der Folter als Mittel der Gefahrenabwehr unter besonderer Berücksichtigung des Nötigungstatbestandes (Heidelberg 2008), S. 50 ff.; *Weilert*, o. Fn. 12, S. 55 ff., 65 f.

<sup>15</sup> Vgl. grdl. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Furundžija (IT-95-17/1-T), 10 December 1998, §§ 153-157. Siehe auch *Benvenisti*, o. Fn. 4, S. 603 und Fn. 42; *P. Gaeta*, May Necessity be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, JICJ 2 (2004) S. 785, S. 787.

<sup>16</sup> Siehe EGMR, *Ireland v. UK*, Urteil 18. 1. 1978 (application n° 5310/71), § 167: “Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.” Siehe auch *Benvenisti*, o. Fn. 4, S. 604-605; *Y. Shany*, The Prohibition against Torture and Cruel, Degrading and Inhuman Treatment and Punishment: Can the Absolute be Relativized under International Law?, Catholic University Law Review 56 (2007) S. 101, S. 118-119.



Entscheidung des israelischen Supreme Court von 1989 wurden ziemlich alle vorstellbaren Vernehmungstechniken detailliert untersucht und bewertet.<sup>17</sup> So befasst sich das Gericht beispielsweise mit dem handcuffing. Der Tatverdächtige wird für die Dauer der Vernehmung mit Handschellen an Armen und Beinen gefesselt. Bei einer anderen Befragungstechnik wird dem Verdächtigen ein Sack über den Kopf gestülpt, so dass er den Vernehmenden nicht sehen kann. Alle diese Maßnahmen, schwerer oder leichter Art, werden untersucht und differenziert betrachtet. Der Supreme Court gelangt z.B. zu dem Ergebnis, dass das handcuffing als isolierte Maßnahme keine Folter sei.<sup>18</sup> Vielmehr würden die Rechte des Vernehmenden geschützt, indem Übergriffen durch den Tatverdächtigen vorgebeugt würden. Allerdings könne die kombinierte Anwendung mehrerer an sich zulässiger Maßnahmen, ihr *combined effect*, Folter darstellen.<sup>19</sup>

In der Literatur wird die Relevanz dieser Definitionsbemühungen teilweise bestritten. Zu überzeugen vermag dies nicht. Wenn Folter absolut verboten sein soll, einfache Misshandlung aber keine Folter ist und damit vom Verbot nicht erfasst ist, dann muss Folter von der einfachen Misshandlung abgegrenzt werden. Dies kann nicht abstrakt, sondern nur fallbezogen erfolgen.<sup>20</sup> Dessen ungeachtet bleibt festzuhalten, dass nach der geltenden völkerrechtlichen *lex lata* der Einsatz von Folter absolut verboten ist.<sup>21</sup>

### III.

Die Absolutheit des Folterverbots im Hinblick auf staatliches Verhalten sagt aber nichts über die *individuelle Verantwortung des Folterers* aus. Man muss insoweit zwischen der staatlichen Ebene des völkerrechtlichen Verbots und dessen Folgen für die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit unterscheiden. Die Dichotomie zwischen Staat und Individuum spiegelt sich in der Dichotomie von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, die sich an Staaten richten, und Völkerstrafrecht, das sich an den Einzelnen richtet, wieder. Während jene die Absolutheit

---

<sup>17</sup> Zur Entscheidung siehe Fn. 4.

<sup>18</sup> Israel Supreme Court, o. Fn. 4, § 26.

<sup>19</sup> *Ireland v. UK*, o. Fn. 16; Israel Supreme Court, o. Fn. 4, § 30: "Their combination, in and of itself gives rise to particular pain and suffering".

<sup>20</sup> In Bezug auf das erforderliche "minimum level of severity" sagt der EGMR, *Ireland v. UK*, o. Fn. 16, § 162 folgendes: „[it] is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc“. Zur Ansicht des UN-Human Rights Committee (Menschenrechtsausschuß) siehe *Benvenisti*, o. Fn. 4, S. 606. Nach *Merkel*, o. Fn. 10, S. 398 ff., hängt das Folterkonzept (auch) von den betroffenen Rechten ab.

<sup>21</sup> „[N]o exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat or war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.“ (Article 2 UN-Folterkonvention). Dies wird bestätigt durch Entscheidungen des Committee against Torture, z.B. die Entscheidung über Belgien vom 27. Mai 2003, CAT/C/CR/30/6. In dieser Entscheidung empfahl das Committee Belgien eine Klausel im Strafgesetzbuch einzuführen, die den Notstand als Rechtfertigungsgrund in Folterfällen ausdrücklich ausschließt.

des Folterverbots hochhalten, zeigt sich dieses flexibler, indem es Gründe zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit anerkennt.<sup>22</sup> Mit Blick auf unseren Modellfall kommen insoweit insbesondere die im nationalen Strafrecht und im Völkerstrafrecht anerkannten Straffreistellungsgründe der Notwehr und des Notstands in Betracht.

Die *Notwehr* ist beispielsweise in Art. 31 (1) (c) IStGH-Statut normiert.<sup>23</sup> Voraussetzung für die Notwehrlage ist eine unmittelbar drohende und rechtswidrige Anwendung von Gewalt. Notwehr ist damit auf gegenwärtige Angriffe beschränkt, also auf solche, die unmittelbar bevorstehen, gerade ausgeführt werden oder noch andauern.<sup>24</sup> Es geht typischerweise um Sekunden. Damit fallen die *ticking bomb* Fälle aus dem Anwendungsbereich der Notwehr heraus. Bis die Bombe explodiert, können Stunden oder Tage vergehen. Die Gewalt steht nicht unmittelbar bevor. Anders ist hingegen die Situation im Entführungsfall. Hier liegt – wegen des dauerdeliktischen Charakters der Entführung – ein dauerhafter, anhaltender und damit gegenwärtiger Angriff auf die Freiheit und das Leben des Opfers, das sich in Gefangenschaft befindet, vor. Es stellt sich damit die Frage nach der Notwehrhandlung. Art. 31 (1) (c) Rom-Statut verlangt ein angemessenes und verhältnismäßiges Handeln. Unabhängig von der genauen Definition der Begriffe kann nur die relativ mildeste Abwehrhandlung erlaubt sein. Diese Voraussetzung sah das Landgericht Frankfurt im *Daschner* Fall als nicht erfüllt an. Das Gericht ging vielmehr davon aus, dass die Ermittlungsbehörden auch durch andere, moderne Verhörmethoden die gewünschten Informationen hätten erlangen können.<sup>25</sup> Die Androhung von Folter sei nicht erforderlich gewesen. Das ist wenig plausibel. Da *Gäffen* bereits einen Tag lang konsequent jede Zusammenarbeit verweigert hat, ist es äußerst fraglich, ob alternative Methoden tatsächlich zum Erfolg geführt hätten.<sup>26</sup> Dessen ungeachtet sind jedenfalls Fälle denkbar, in denen die Androhung von Gewalt das einzig wirksame Mittel ist.<sup>27</sup> Dies kann nicht abstrakt, sondern nur – wieder – fallbezogen entschieden werden.

<sup>22</sup> Zu dieser Dichotomie siehe auch *Gaeta*, o. Fn. 15, S. 789-790; siehe ähnlich *Shany*, o. Fn. 16, S. 126 ff., der das strikte humanitäre Völkerrecht der „Relativität“ des Völkerstrafrechts gegenüberstellt. *Bemvenuti*, o. Fn. 4, S. 609, sieht „incoherence between the international and national spheres“.

<sup>23</sup> Art. 31(1) Rom-Statut: “(c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected.”

<sup>24</sup> Siehe *K. Ambos*, Other Grounds Excluding Responsibility, in A. Cassese/ P. Gaeta/ J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Bd. I (Oxford 2002) S. 1003, 1032. Siehe auch *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung (Berlin 2002), S. 850; *A. Eser*, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. (München [u.a.] 2008), Art. 31, Rn. 42; *G. Werle*, *Principles of International Criminal Law*, 2. Aufl. (Den Haag 2009), S. 201.

<sup>25</sup> LG Frankfurt, o. Fn. 7, S. 693 r. Sp.

<sup>26</sup> Siehe die faktischen Ergebnisse vom LG Frankfurt, o. Fn. 7, S. 692 r. Sp.

<sup>27</sup> Der gleichen Meinung *E. Hilgendorf*, Folter im Rechtsstaat?, JZ 59 (2004) S. 331, 339 I. Sp.; siehe *W. Perron*, Foltern in Notwehr?, in B. Heinrich (Hg.), FS für Ulrich Weber (Bielefeld 2004) S. 143, S. 148-

Anders als das IStGH-Statut ist die Notwehr im deutschen Recht bekanntlich nicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt. Die Verteidigungshandlung muss allerdings geboten sein. Im Entführungsfall wird überwiegend vertreten, dass die Androhung von Folter die Würde des (mutmaßlichen) Täters verletzt und daher nicht geboten sein könne.<sup>28</sup> *Roxin* hat dies – wie so oft – auf den Punkt gebracht: „Wie kann etwas geboten sein, was verboten ist?“<sup>29</sup> Dies erscheint zwar auf den ersten Blick plausibel, bei längerem Nachdenken kommen einem aber doch mit Blick auf unseren Modellfall Zweifel. Wo bleibt bei dieser Betrachtungsweise die Würde des Opfers, das vielleicht ohne Kontakt zur Außenwelt in einem dunklen Keller sitzt, verdurstet oder verhungert?<sup>30</sup> Tatsächlich liegt hier eine *Würdekollision* vor.<sup>31</sup> Die Würde des Verdächtigen steht gegen die Würde des Opfers.<sup>32</sup> Damit gerät die deutsche, in Art. 1 Grundgesetz verankerte, Grundnorm der Unverletzlichkeit der Würde in den Blick. Deren Absolutheit kommt angesichts täglicher, weltweiter Würdeverletzungen auf den Prüfstand. Wie steht es etwa um die Würde afrikanischer Flüchtlinge, die unter unmenschlichen Bedingungen in Auffanglagern untergebracht werden?<sup>33</sup> Wie um die Würde eines vermeintlichen afrikanischen Drogenkuriers, der verstirbt, nachdem man ihm gewaltsam ein Brech-

---

149; *V. Erb*, Notwehr als Menschenrecht, *NStZ* 25 (2005) S. 593, S. 598-599 (insbes. kritisch gegenüber der Ansicht vom LG Frankfurt); siehe auch *G. Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter (Berlin 2006), S. 118 ff.; *F. Jefberger*, Übungsklausur StR »Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu«, *Jura* 25 (2003) S. 711, S. 713 l. Sp.; *Perron*, in A. Schönke/ H. Schröder (Hg.), *Strafgesetzbuch* (28. Aufl., München 2010) § 32 Rn. 62a.

<sup>28</sup> Zur Würdeverletzung statt vieler jüngst *A. Eser*, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr, in F. Herzog et al. (Hrsg.) *FS für W. Hassemer* (Heidelberg 2010), S. 715 („zum entpersönlichten Objekt äußerer Fremdrege erniedrigt“).

<sup>29</sup> Vgl. *C. Roxin*, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, in J. Arnold et al. (Hg.), *FS für Albin Eser* (München 2005) S. 461, S. 465. Für dieselbe Lösung *K. Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand (Köln [u.a.] 1989), S. 93-94; *Kinzig*, Not kennt kein Gebot?, *ZStW* 115 (2003) S. 791, S. 811; *Jefberger*, o. Fn. 27, S. 714 l. Sp.; *Hilgendorf*, S. 339 l. Sp.; *G. Jeroncsbek/R. Kölbl*, Folter von Staatswegen?, *JZ* 58 (2003) S. 613, S. 619-620 (die Autoren differenzieren zwischen staatlicher und privater Folter und akzeptieren die Beschränkung nur für jene); *F. Saliger*, Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, *ZStW* 116 (2004) S. 35, S. 48-49; *W. Schild*, Folter(androhung) als Straftat, in G. Gehl (Hg.), *Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht* (Weimar 2005) S. 59, S. 72.

<sup>30</sup> Über die Verletzung der Würde bei der Entführung siehe *Wagenländer*, o. Fn. 27, S. 165-166.

<sup>31</sup> Siehe kritisch über diese – nach ihm nur scheinbare – Pattsituation von „Würde gegen Würde“ *F. Lamprecht*, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral (Paderborn 2009), S. 113 ff.

<sup>32</sup> Über diesen offenbaren Konflikt zwischen gleichwertigen Interessen siehe *W. Brugger*, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* 35 (1996) S. 67, S. 79; *ders.*, o. Fn. 12, S. 169 l. Sp.; zust. *Jeroncsbek/ Kölbl*, o. Fn. 29, S. 618; *Erb*, o. Fn. 27, S. 599 l. Sp.; *Wagenländer*, o. Fn. 27, S. 167; siehe auch *Kinzig*, o. Fn. 29, S. 792, *Eser*, o. Fn. 28, 719 f.

<sup>33</sup> Nach Ansicht von Amnesty International erfüllen die Flüchtlingslager auf den spanischen Inseln nicht die menschenrechtlichen Mindeststandards. Die Flüchtlinge seien sogar u.a. sexuellem Missbrauch ausgesetzt, *ACT* 34/003/1997, 19. März 1997, verfügbar unter <http://web.amnesty.org/library/index/engACT340031997> (zuletzt abgerufen am 24. September 2010). Menschenunwürdige Umstände werden auch für Flüchtlinge in Deutschland berichtet, siehe *Süddeutsche Zeitung*, 28.11.2008, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/879/449607/text/> (zuletzt abgerufen am 24. September 2010).

mittel verabreicht hat?<sup>34</sup> Wird in diesen und anderen Fällen nicht die Würde des Tatverdächtigen verletzt, weil man einen Ermittlungs- und Aufklärungsbedarf sieht? Die These von der Unverletzlichkeit der Würde erweist sich bei genauerem Hinsehen also als brüchig und mit ihr das Kernargument für die fehlende Gebotenheit der Folterandrohung. Muss Würde gegen Würde abgewogen werden, entsteht eine Pattsituation, die nicht eindeutig entschieden werden kann. Einige Autoren lösen den zugrunde liegenden Konflikt, indem sie Fragen der Zurechnung in die Abwägung miteinbeziehen. Wer ist denn letztlich verantwortlich für die Situation, in der der Einsatz von Folter angedroht wird? Doch nicht das entführte Kind, sondern der Entführer! Denn hätte er das Opfer nicht entführt, dann wäre er nicht festgenommen und verhört worden.<sup>35</sup> Natürlich liegt dieser Argumentation ein mechanisches naturalistisches Kausalitätsverständnis zugrunde. Dennoch ist sie nicht leicht von der Hand zu weisen. *Brugger* geht noch einen Schritt weiter, indem er dem Staat die Verantwortung für das Leben des Opfers auferlegt.<sup>36</sup> Wenn der Staat das unschuldige Opfer nur retten kann, indem er den Verdächtigen foltert, so sei er hierzu verpflichtet. Das geht aber zu weit, denn es ist mit dem – im Strafrecht zentralen – Autonomieprinzip unvereinbar. Dem Staat kann nicht das autonome Verhalten eines Kriminellen zugerechnet werden und daraus eine staatliche Garantstellung mit der daraus folgenden Pflicht, dieses kriminelle Verhalten

<sup>34</sup> In diesem Fall, in dem ein vermeintlicher Drogendealer zur Einnahme von Brechmitteln gezwungen wurde, um die Drogen zu erlangen, wurde Deutschland vom EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 3 EMRK (10 : 7) verurteilt; siehe Urteil vom 11.07.2006, *Jalloh v. Germany*, Az. 54810/00, in dem diese Praxis zur „unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung“ erklärt wurde; siehe auch kritisch *H. Pollähne/ A. Kemper*, Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot – zur Entscheidung des EGMR, *Kriminologisches Journal* 39 (2007) S. 185, die das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (Urteil vom 15.9.1999, 2 BvR 2360/95) kritisieren, mit dem die Verfassungsbeschwerde eines Betroffenen aus formellen Gründen zurückgewiesen wurde. Krit. zum Bundesverfassungsgericht auch *K. Gaede*, Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Jalloh*, *HRRS* 7 (2006), S. 241.

<sup>35</sup> Vgl. *Brugger*, o. Fn. 32, S. 74 ff.; *ders.*, o. Fn. 12, S. 168 ff.; ähnlich behauptet *Erb*, o. Fn. 27, S. 599, dass die entstandene Pattsituation in Fällen, in denen sich die Menschenwürde des Täters und Opfers gegenüber stehen (o. Fn. 32 und Haupttext), zu einer Einschränkung des Folterverbots aufgrund Notwehr oder Notstand führe. Ähnlich im Ergebnis auch *R.A. Posner*, Torture, Terrorism, and Interrogation, in *Levinson*, o. Fn. 4, S. 293-294; *H. Otto*, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, *JZ* 60 (2005) S. 473, S. 480-481; für eine Abwägung auch *Kümmel*, o. Fn. 14, S. 142. Siehe kritisch zu *Bruggers* und *Erbs* Positionen *Möhlenbeck*, o. Fn. 14, jeweils S. 67 ff. und S. 131 ff.; siehe auch kritisch zu beiden Autoren *Polzin*, o. Fn. 14, jeweils S. 167 ff. und S. 155 ff.

<sup>36</sup> *Brugger*, o. Fn. 12, S. 170-171; siehe auch *Wagenländer*, o. Fn. 27, S. 176 ff.; *G. Jakobs*, Terroristen als Personen im Recht, *ZStW* 117 (2005) S. 839, S. 849; kritisch *Wittreck*, Menschenwürde als Folterlaubnis?, in *G. Gehl* (Hg.), *Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht* (Weimar 2005), S. 56, mit der überzeugenden Begründung, dass in diesen Extremfällen einer „Würdekollision“ das Recht in einen Grenzbereich gerät, in dem keine präzise Rechtspflichten konstruiert werden können. Krit. auch *Lamprecht*, o. Fn. 31, der die Normenkollision zwischen der staatlichen Achtungs- und Schutzpflicht nicht sieht und behauptet: „Aufgrund der begrenzten Schutzpflichtreichweite besteht für den Staat offensichtlich keine unbedingte Handlungsverpflichtung im Sinne einer positiven Handlungspflicht zur Abwehr der Gefahr für das Opfer; dass der Staat jedoch die Menschenwürde seiner Bürger (selbst zum Schutz bedrohter Rechtsgüter Dritter) nicht verletzen darf, ist ihm dagegen als negative Unterlassungspflicht unbedingt vorgegeben.“ (S. 115 f.).

auch mit letztlich kriminellen Maßnahmen zu unterbinden, abgeleitet werden.<sup>37</sup> Allerdings entspricht die dahinter stehende Wertung wohl dem „gesunden Volksempfinden“. Dieses hat eher Sympathie mit dem Opfer als mit dem Täter. Das kann auch in einer (strafrechts)wissenschaftlichen Analyse, die schließlich auch den Praxistest überstehen muss, nicht völlig unberücksichtigt bleiben.

Zudem geht es in Fällen in der Art unseres Modellfalls häufig um (*präventive*) *Rettungsfolter*,<sup>38</sup> nicht um (*repressive*) Folter zur Erzwingung eines Geständnisses. Der Täter ist bereits überführt. Ziel ist die Rettung unschuldiger Opfer. Rettungsfolter ist eine polizeirechtliche Präventivmaßnahme zur Rettung des Opfers. Es geht allenfalls in zweiter Linie um die Überführung des Beschuldigten, dessen Unschuld wird durch die Folter nicht in Frage gestellt, die Unschuldsvermutung damit auch nicht verletzt.

Dennoch kann aus grundsätzlichen Erwägungen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Folterers nicht aufgrund Notwehr ausgeschlossen sein. Notwehr ist ein Rechtfertigungsgrund.<sup>39</sup> Der Rechtsstaat würde sich selbst aufgeben, wenn er ein Verhalten rechtfertigen würde, das verboten ist. Folter durch Notwehr zu rechtfertigen hieße, das Unrecht der Folter zu negieren und diese zu Recht zu machen.<sup>40</sup> Dadurch entstünde aber ein unauflösbarer Widerspruch zum absoluten Folterverbot des Völkerrechts. Wenn Folter für den Staat unter keinen Voraussetzungen rechtmäßig sein kann, muss das auch für den Polizisten u.a. Organe des Staates gelten. Anderenfalls würde das Folterverbot unterlaufen. Folter würde zu etwas Rechtmäßigem und sozial Akzeptablem.

#### IV.

Die Rettungsfolterfälle können damit nur angemessen gelöst werden, wenn man die *Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit (Rechtfertigung) und Schuld (individueller Vorwerfbarkeit)* nachvollzieht. Im Zentrum der Diskussion über die *ticking bomb* Fälle

---

<sup>37</sup> Vgl. auch *Merkel*, o. Fn. 10, S. 393 ff.; gegen eine staatliche Folterpflicht auch *B. Kretschmer*, Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit, *Recht und Politik* 39 (2003) S. 102, S. 108; *Möhlenbeck*, o. Fn. 14, S. 136 ff.

<sup>38</sup> Nach *Hilgendorf*, o. Fn. 27, S. 334 mit Fn. 30, wurde der Begriff von M. Vec in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (4.03.2003) S. 38 geprägt. Für *Eser*, o. Fn. 28, 719f. wird deshalb das Tatopfer (der Tatverdächtige) gerade in seiner mitmenschlichen Verantwortung ernst genommen. Über den Begriff und andere Folterarten siehe auch *Merkel*, o. Fn. 10, S. 381, 389; kritisch *Greco*, o. Fn. 10, S. 642 mit Fn. 70; siehe auch *Shue*, o. Fn. 10, S. 47, 53, 56, der zwischen „terroristischer Folter“ und „Folter als Verhörmethode“ („terroristic“ / „interrogational“ torture) unterscheidet. Über die ursprüngliche Anwendung der Folter zur Erlangung von Beweisen zum Zweck der Strafverfolgung siehe grdl. *J.H. Langbein*, *The Legal History of Torture*, in *Levinson*, o. Fn. 4, S. 93 ff.; *Jeronschek/Kölbl*, o. Fn. 29, S. 614.

<sup>39</sup> Siehe *G.P. Fletcher*, *Basic Concepts of Criminal Law* (New York 1998), S. 132 f.; *Ambos*, o. Fn. 24 (Other Grounds), S. 1021 ff., 1032 mit Fn. 161.

<sup>40</sup> Für Rechtfertigung aber *M.S. Moore*, *Torture and the Balance of Evils*, *Israel Law Review* 23 (1989) S. 280, 320 f. *Eser*, o. Fn. 28, 723 ff.

steht insoweit eine Straffreistellung wegen *Notstands*.<sup>41</sup> Im Völkerstrafrecht ist der Notstand, ebenso wie die Notwehr, ein Grund zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit.<sup>42</sup> Nicht eindeutig ist dabei (in der israelischen und angloamerikanischen Diskussion), ob Notstand als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund zu qualifizieren ist.<sup>43</sup> Wirkt der Notstand, wie gemäß § 34 StGB, rechtfertigend, kann er in den Rettungsfolterfällen aus den genannten Gründen nicht zur Anwendung gelangen.<sup>44</sup> Versteht man ihn aber als Entschuldigungsgrund, kann er grundsätzlich anwendbar sein.<sup>45</sup> In diesem Sinne hat jüngst auch *Ginbar* mit Blick auf das IStGH-Statut argumentiert:

„Nevertheless, the fact that the provision does not explicitly characterize the DoD/N [defence of necessity/duress, K.A.] as excusatory leaves open, at least in theory, the possibility that the Court will consider that defence as such, in a particular case. The Court has considerable power, under Article 31(2), to ‘determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it’, a power no doubt enhanced, in the case in point, by the vagueness and uncertainties which the wording of the provision for the DoD/N left behind.”<sup>46</sup>

Ob *in casu* eine Entschuldigung möglich ist, hängt von der vorzunehmenden Güterabwägung – sowie in manchen Fällen vom Näheverhältnis des Beamten zum Opfer – ab. Dabei spielen die gleichen Erwägungen eine Rolle, wie sie bei der

<sup>41</sup> Für die Unterscheidung zwischen „necessity“ (Notwehr) und „duress“ (Nötigungsnotstand) siehe *Ambos*, o. Fn. 24, *Other Grounds Excluding Responsibility*, S. 1023 ff., 1036. „Duress“ ist in unserem Fall nicht einschlägig, weil der Amtsträger, der foltert, nicht unter Zwang, sondern freiwillig handelt.

<sup>42</sup> Art. 31(1) Rom-Statut: “(d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be: (i) Made by other persons; or (ii) Constituted by other circumstances beyond that person’s control.”

<sup>43</sup> Für eine ausführlichere Diskussion siehe *K. Ambos*, *Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher’s Grammar of Criminal Law*, *Cardozo Law Review* 28 (2007) S. 2647, S. 2659 ff., 2669. Zur Anerkennung der Unterscheidung aus angloamerikanischer Sicht jüngst *Ginbar*, o. Fn. 9, S. 307 ff.; siehe auch *J.D. Oblin*, *The Bounds of Necessity*, *JICJ* 6 (2008), 289-308, der ausdrücklich die Notwendigkeit der Unterscheidung zur Lösung von Folterfällen betont (S. 292 f.).

<sup>44</sup> Siehe zum selben Ergebnis mit weiterer Begründung *Möhlenbeck*, o. Fn. 14, S. 67 ff.; *Polzjin*, o. Fn. 14, S. 188; *Kimmel*, o. Fn. 14, S. 308 ff., 312; *Weilert*, o. Fn. 12, S. 203 ff., 205.

<sup>45</sup> Ebenso im Ergebnis *Ginbar*, o. Fn. 9, S. 336, der eine *defence as justification* ablehnt aber eine *defence as excuse* als möglich einräumt. Er weist allerdings auf die „praktischen“ Schwierigkeiten mit Blick auf die Ersetzung nur „entschuldigter“ Amtsträger hin. Im Völkerstrafrecht sei dieselbe Lösung zu vertreten (ebd., S. 326 ff., S. 338 s. das folg. Zitat im Text). Siehe auch für die Möglichkeit einer Entschuldigung *Kimmel*, o. Fn. 14, S. 329, S. 330 ff., der aber § 35 StGB ablehnt und allenfalls einen Verbotsirrtum i.S.v. § 17 StGB anerkennt (S. 332 ff.). Gegen die Verbotsirrtumslösung aber *Weilert*, o. Fn. 12, S. 215, die es für unvorstellbar hält, dass gerade ein Amtsträger sich darauf berufen können soll, „dass er nicht gewusst habe, dass Folter in Vernehmungen unter keinen Umständen zulässig ist“; sie plädiert allerdings für die Möglichkeit einer Entschuldigung nach § 35 StGB (S. 206 ff., 215). Siehe insoweit auch *Polzjin*, o. Fn. 14, der eine mögliche Entschuldigung nach § 35 StGB in Fällen, in denen sich der Beamte und/oder seine Angehörigen in Gefahr befinden, grundsätzlich anerkennt, aber keinen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand; gegen diesen auch *Lamprecht*, o. Fn. 31, S. 126-127.

<sup>46</sup> *Ginbar*, o. Fn. 9, S. 336. Ähnlich zur Anwendung von Art. 31(2) Rom-Statut auch *A. Harel/ A. Sharon*, *What is Really Wrong With Torture?*, *JICJ* 6 (2008), 241-259, 258; die Autoren unterscheiden allerdings nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung.

Notwehr angestellt wurden. Letztendlich kann die Entscheidung nur ex-post unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und seinen außergewöhnlichen Umständen getroffen werden,<sup>47</sup> da es nicht „objektiv“ um die Erlaubnis der Folter sondern „subjektiv“ um den Vorwurf gegen den Täter geht.<sup>48</sup> Diese typisch deutsche Unterscheidung wird wahrscheinlich auch im angelsächsischen Bereich anzuerkennen sein.<sup>49</sup> Das Folterverbot kann in seiner Absolutheit auf der Ebene der individuellen Verantwortlichkeit jedenfalls nicht aufrechterhalten werden.<sup>50</sup> Dies sei zum Abschluss noch einmal an einem besonders plakativen Fall, der von *Reinhard Merkel* stammt, verdeutlicht.<sup>51</sup> Stellen Sie sich vor, Sie sitzen in einem Flugzeug von Rom nach New York. Neben Ihnen sitzt ein Mitglied von Al Qaeda. Sie wissen, dass in diesem Flugzeug eine Bombe ist, die in zwei Stunden explodieren wird. Sie sind ein Experte des Bundeskriminalamtes und kennen sich mit Foltertechniken aus. Sie haben die Möglichkeit von dem Passagier, der neben Ihnen sitzt, in zwei Stunden herauszufinden, wie diese Bombe entschärft wird, indem sie ihn foltern. Wer würde in solchen Fällen nicht foltern? Wer würde die 300 Passagiere im Flugzeug, einschließlich den Folterer und den Bombenleger, sterben lassen? Der Fall spricht für sich. Im Hinblick auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit – aber nur insoweit! – kann das Folterverbot also nicht absolut gelten.

---

<sup>47</sup> Siehe auch Israel Supreme Court, o. Fn. 4, § 36: “allowing one who acts ... to escape criminal liability ... does not possess any additional normative value”; *Kremnitzer*, o. Fn. 13, S. 238: “based upon the unique, isolated and extraordinary character of the situation which makes it an exception to the rule ... granted ad hoc, after the fact ... difficult to conceive it as guiding behaviour in advance in a specified situation”; S. 241: “ad hoc decision in a concrete case”; *Kremnitzer/ Segev*, o. Fn. 4, S. 538: “the basic idea behind the concept of the lesser evil, embodied in the necessity defense, is that it is hard (perhaps impossible) to determine in advance all types of actions that are justified under extraordinary circumstances”. *Enker*, o. Fn. 10, S. 61-62: “after-the-fact judgment based on a narrow set of considerations in which we are concerned with the immediate consequences, not far-reaching and long-range consequences, on the basis of a clearly established order of priorities of both means and ultimate values. . . . The defence of Necessity does not define a code of primary normative behaviour”. *O. Gross*, Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience, *Minnesota Law Review* 88 (2004) S. 1481, S. 1550: “ex post ratification serves, at most, as an ad hoc, individualized defense to specific state agents against civil or criminal charges in particular cases. It cannot serve as a general, institutional, conduct-guiding rule to be relied upon ex ante”.

<sup>48</sup> Vgl. *Weilert*, o. Fn. 12, S. 210.

<sup>49</sup> Vgl. in diesem Sinne *Ohlin*, o. Fn. 43, S. 308, der dafür zur Erhaltung der (objektiven) Absolutheit des Folterverbots plädiert: “Instead, by recognizing that torture can conceivably be excused – but never justified – the criminal law may reinforce the general prohibition against torture as standing outside the bounds of justified necessity.”

<sup>50</sup> Siehe ähnlich im Ergebnis *Möhlenbeck*, o. Fn. 14, S. 149 ff., die allerdings zunächst keine überzeugende Lösung anbietet, weil sie einerseits die Singularität der „ticking-time-bomb“ Fälle anerkennt, aber gleichwohl die eventuelle Entschuldigung des Amtsträgers wegen der Absolutheit des Folterverbots eher ablehnt. Schließlich räumt sie aber (doch) ein, dass „in extremen Ausnahmefällen sowohl die Annahme der Voraussetzungen des § 35 StGB sowie eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands“ möglich sein könnten (S. 204).

<sup>51</sup> Vgl. *Merkel*, o. Fn. 10, S. 392.





# Zur strafrechtlichen Bewertung des Alkoholkonsums

*Dieter Dölling*

## I. Einleitung

Alkoholkonsum ist in Deutschland weit verbreitet, kann aber erhebliche schädliche Folgen haben und u.a. die Begehung von Delikten fördern. Es stellt sich daher die Frage, wie das Strafrecht den Alkoholkonsum bewertet. Diese Frage hat erhebliche gesellschafts- und kriminalpolitische Relevanz. Ihr soll deshalb im Folgenden nachgegangen werden. Zunächst werden die Bedeutung des Alkoholkonsums in Deutschland und Zusammenhänge zwischen Alkoholkonsum und Delinquenz dargestellt. Sodann wird erörtert, welche Regelungen das deutsche Strafrecht im Hinblick auf den Alkoholkonsum enthält. Schließlich wird auf rechtspolitische Reformvorschläge eingegangen.

## II. Die Bedeutung des Alkoholkonsums

Alkoholkonsum hat in der deutschen Gesellschaft eine ambivalente Bedeutung. Er ist einerseits fester Bestandteil des Lebens und wird positiv bewertet. Im Jahr 2008 betrug der Pro-Kopf-Verbrauch alkoholischer Getränke in der Bundesrepublik Deutschland 141,2 Liter.<sup>1</sup> Der Verbrauch an reinem Alkohol lag bei 9,9 Liter pro

---

<sup>1</sup> Gaertner/Meyer/Freyer-Adam/John in Deutsche Hauptstelle für Suchtgefahren (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2010. 2010, S. 21, 24.

Kopf der Bevölkerung.<sup>2</sup> Deutschland liegt beim Alkoholkonsum international in der Spitzengruppe.<sup>3</sup> In den letzten Jahren ist auf hohem Niveau ein leichter Rückgang des Alkoholverbrauchs zu verzeichnen.<sup>4</sup> Für die Werbung für alkoholische Getränke in den klassischen Werbegattungen Fernsehen, Rundfunk, Plakate, Tageszeitungen und Zeitschriften wurden im Jahr 2008 in Deutschland 552 Millionen Euro ausgegeben.<sup>5</sup> Alkoholkonsum ist somit fest in die Gesellschaft integriert.

Andererseits verursacht der Alkoholkonsum schwerwiegende Schäden. Aufgrund des Epidemiologischen Suchtsurveys 2006 wird im Hinblick auf die 18- bis 64-jährige Bevölkerung Deutschlands angenommen, dass etwa 1,3 Millionen Menschen alkoholabhängig sind.<sup>6</sup> Etwa 74.000 Todesfälle werden in Deutschland jährlich durch Alkoholkonsum allein oder den kombinierten Konsum von Alkohol und Tabak herbeigeführt.<sup>7</sup> Nach Analysen für Europa sind 10,7 % aller durch Behinderungen, Verletzungen oder Krankheiten verlorenen oder beeinträchtigten Lebensjahre auf den Alkoholkonsum zurückzuführen. Der Alkoholkonsum stellt damit nach dem Tabakrauchen und dem Bluthochdruck einen besonders bedeutenden gesundheitlichen Risikofaktor dar.<sup>8</sup> Die durch alkoholbedingte Erkrankungen verursachten volkswirtschaftlichen Kosten werden für das Jahr 2002 für Deutschland auf jährlich 24,4 Milliarden Euro geschätzt.<sup>9</sup>

Alkoholkonsum fördert außerdem die Begehung von Straftaten. Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik 2009 wurden von 6.045.330 erfassten Straftaten 3.368.879 aufgeklärt.<sup>10</sup> In 391.762 aufgeklärten Fällen – das sind 11,6 % aller aufgeklärten Fälle – stellte die Polizei bei den Tatverdächtigen Alkoholeinfluss bei der Tatbegehung fest.<sup>11</sup> Alkoholeinfluss bei der Tatausführung liegt nach der Polizeilichen Kriminalstatistik vor, wenn durch den Konsum von Alkohol die Urteilskraft des Tatverdächtigen während der Tatausführung beeinträchtigt war. Maßgeblich ist ein offensichtlicher oder nach den Ermittlungen wahrscheinlicher Alkoholeinfluss.<sup>12</sup> Besonders hoch war der Anteil der unter Alkoholeinfluss begangenen aufgeklärten Taten beim Widerstand gegen die Staatsgewalt mit 66,1 % und bei der Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel mit 59,9 %.<sup>13</sup> Bei der Gewaltkriminalität betrug der Anteil 33,1 %.<sup>14</sup> Ein Drittel der aufgeklärten Gewaltdelikte wurden also von

---

<sup>2</sup> A. a. O., S. 21.

<sup>3</sup> A. a. O., S. 29.

<sup>4</sup> A. a. O., S. 24.

<sup>5</sup> A. a. O., S. 43.

<sup>6</sup> *Merfert-Diète* in Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Fn. 1), S. 7, 10.

<sup>7</sup> *Gaertner/Meyer/Freyer-Adam/John* (Fn. 1), S. 32.

<sup>8</sup> A. a. O., S. 21.

<sup>9</sup> A. a. O.

<sup>10</sup> Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland Berichtsjahr 2009, 2010, S. 27.

<sup>11</sup> A. a. O., S. 71.

<sup>12</sup> A. a. O., S. 12.

<sup>13</sup> A. a. O., S. 71.

<sup>14</sup> A. a. O.

Tatverdächtigen unter Alkoholeinfluss begangen. Beim Zechanschussraub betrug der Anteil der unter Alkoholeinfluss begangenen Delikte 63,3 %, beim Totschlag 42,2 %, bei der gefährlichen und schweren Körperverletzung 36,2 % und bei besonders schweren Fällen der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung 28,8 %.<sup>15</sup>

Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn als Untersuchungseinheit nicht auf die aufgeklärten Fälle, sondern auf die polizeilich ermittelten Tatverdächtigen abgestellt wird. Im Jahr 2009 standen nach der Polizeilichen Kriminalstatistik 299.040 Tatverdächtige – das waren 13,7 % aller Tatverdächtigen – bei der Tatausführung unter Alkoholeinfluss. Davon waren 90,1 % männlich.<sup>16</sup> Am höchsten war der Anteil der Tatverdächtigen unter Alkoholeinfluss mit 65,4 % beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Bei der Gewaltkriminalität betrug der Anteil 32,5 % (Zechanschussraub 57,5 %, Totschlag 40,1 %, gefährliche und schwere Körperverletzung 34,7 % und Vergewaltigung und sexuelle Nötigung 29,3 %).<sup>17</sup>

In der Polizeilichen Kriminalstatistik bleibt allerdings das Dunkelfeld der amtlich nicht bekannt gewordenen Straftaten unberücksichtigt. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass unter Alkoholeinfluss begangene Delikte in den Kriminalstatistiken überrepräsentiert sein könnten, weil sie leichter auffallen.<sup>18</sup> Andererseits ist zu berücksichtigen, dass wahrscheinlich viele unter Alkoholeinfluss ausgeführte Straftaten nicht offiziell bekannt werden (z. B. Delikte im sozialen Nahraum) und dass möglicherweise bei manchen den Strafverfolgungsorganen bekannt gewordenen Straftaten ein tatsächlich vorhandener Alkoholeinfluss nicht erkannt wird.<sup>19</sup>

Große Bedeutung kommt dem Alkoholeinfluss bei Straftaten im Straßenverkehr zu. Da diese Delikte in der Polizeilichen Kriminalstatistik nicht erfasst werden, muss auf die Strafverfolgungsstatistik zurückgegriffen werden. Im Jahr 2008 wurden in Deutschland 204.942 Personen wegen einer Straftat im Straßenverkehr verurteilt. Hiervon begingen 111.820 Verurteilte – das sind 54,6 % – die Tat in Trunkenheit.<sup>20</sup> Eine Tatbegehung in Trunkenheit liegt nach der Strafverfolgungsstatistik vor, wenn die Tat in Folge des Genusses von Alkohol oder anderer berauschender Mittel begangen wurde.<sup>21</sup> Es handelt sich hierbei also nicht ausschließlich um Alkoholfälle, die Tatbegehung unter Alkoholeinfluss überwiegt aber eindeutig. Von den Verkehrsdelikten mit Unfall wurden 39,9 % in Trunkenheit begangen, von den fahrlässigen Tötungen im Straßenverkehr 16,6 %, von den fahrlässigen Körperverletzungen im Straßenverkehr 25,1 % und von den Straßenverkehrsgefährdungen 85,1 %.<sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> A. a. O.

<sup>16</sup> A. a. O., S. 128.

<sup>17</sup> A. a. O.

<sup>18</sup> Eisenberg Kriminologie. 6. Aufl. 2005, S. 887, 984.

<sup>19</sup> Dölling in Kiesel (Hrsg.), Rausch, 1999, S. 149, 155.

<sup>20</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Rechtspflege Reihe 3 Strafverfolgung 2008, 2009, S. 44 f.

<sup>21</sup> A. a. O., S. 54.

<sup>22</sup> Berechnet nach Statistisches Bundesamt (Fn. 20), S. 44 f.

Nach der Statistik „Verkehrsunfälle“ wurden im Jahr 2009 von 310.806 Unfällen mit Personenschaden 17.434 – das sind 5,6 % – unter Alkoholeinfluss verursacht.<sup>23</sup> Von den 4.152 im Straßenverkehr getöteten Personen wurden 440 – das sind 10,6 % – bei einem Unfall getötet, der sich unter Alkoholeinfluss ereignete.<sup>24</sup> Hierbei muss von einem erheblichen Dunkelfeld bei Verkehrsdelikten unter Alkoholeinfluss ausgegangen werden.<sup>25</sup>

Die dargestellten Befunde müssen freilich vorsichtig interpretiert werden. Es kann zweifelhaft sein, ob der Alkoholkonsum bei der jeweiligen Datenerhebung zuverlässig erfasst wurde. Der Umstand, dass der Täter bei der Tatbegehung unter Alkoholeinfluss stand, bedeutet noch nicht, dass die Tat durch den Alkoholkonsum verursacht wurde. Möglicherweise wäre die Tat auch ohne den Alkoholkonsum begangen worden und handelte es sich bei dem Alkoholkonsum nur um einen Begleitumstand der Tat.<sup>26</sup> Auch unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte sprechen die vorliegenden Untersuchungen jedoch dafür, dass der Alkoholkonsum aufgrund seiner enthemmenden und die kognitiven und psychomotorischen Fähigkeiten einschränkenden Wirkungen einen beträchtlichen kriminalitätsfördernden Einfluss hat, der sich insbesondere in Aggressionsdelikten und Fahrlässigkeitstaten niederschlägt.<sup>27</sup> Teilweise wird Alkohol bewusst eingenommen, um sich für die Tatbegehung zu beruhigen oder Mut zu machen.<sup>28</sup> Welche Wirkung der Alkoholkonsum im jeweiligen Fall hat, hängt von zahlreichen Variablen ab wie z.B. der Persönlichkeit des Berauschten, situativen Faktoren und Interaktionen mit anderen Personen. Der Alkoholgenuss kann daher als ein „mitgestaltender Faktor der tatauslösenden Situation“<sup>29</sup> betrachtet werden.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass nach den Befunden der kriminologischen Forschung ein Zusammenhang zwischen dem Ausmaß des Alkoholkonsums einer Person und der Häufigkeit kriminellen Verhaltens besteht. Intensiver Alkoholkonsum indiziert danach eine erhöhte Rückfallwahrscheinlichkeit.<sup>30</sup> Alkoholkonsum und Kriminalität sind häufig Elemente eines devianten Lebensstils,<sup>31</sup> wobei der Alkoholkonsum die Lebensprobleme und damit die Tendenzen zu kriminellem Verhalten verstärken kann.<sup>32</sup> Die Befunde einer neueren Untersuchung im deutschen Strafvollzug deuten darauf hin, dass etwa 20 % der Strafge-

---

<sup>23</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 8 Verkehr Reihe 7 Verkehrsunfälle 2009, 2010, S. 35, 280.

<sup>24</sup> A. a. O.

<sup>25</sup> Dölling (Fn. 19), S. 160 f.

<sup>26</sup> Kaiser Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, S. 639.

<sup>27</sup> Dölling (Fn. 19), S. 164 f. m. w. N.

<sup>28</sup> Kerner in Egg/Geisler (Hrsg.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, 2000, S. 11, 20.

<sup>29</sup> Kerner in Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, S. 5, 8.

<sup>30</sup> Kerner (Fn. 28), S. 23.

<sup>31</sup> Kerner/Witekamp/Stelly/Thomas Criminal Behaviour and Mental Health 1997, S. 410 ff.

<sup>32</sup> Kerner (Fn. 28), S. 23.

fangenen alkoholabhängig sind.<sup>33</sup> Zwar gibt es Personen, die trotz hohen und regelmäßigen Alkoholkonsums ein Leben ohne Straftaten führen<sup>34</sup>, auch kann Alkoholkonsum unter Umständen auch kriminalitätsverhindernde Effekte haben<sup>35</sup>. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass Alkoholkonsum ein erhebliches Kriminalitätsrisiko begründet.

Angesichts der ambivalenten Bedeutung des Alkoholkonsums stellt sich die Frage, wie sich das Strafrecht zum Alkoholkonsum verhält und wie es sich dazu verhalten sollte. Die strafrechtliche Bewertung des Alkoholkonsums hängt von der generellen Einstellung ab, die eine Gesellschaft bzw. ein Staat zum Alkohol hat.<sup>36</sup> Diese Einstellung, die auf allgemeinen kulturellen Grundhaltungen beruht, kann zwischen strikter Ablehnung des Alkohols und weitgehender Akzeptanz variieren. Die strikte Ablehnung von Alkohol führt zu starken Einschränkungen bis hin zum Verbot der Herstellung, der Einfuhr, des Vertriebs und des Konsums von Alkohol und zur strafrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen diese Verbote. Werden Straftaten unter Alkoholeinfluss begangen, wird sich dies eher strafscharfend auswirken. Wird dagegen der Alkoholkonsum in einer Gesellschaft weitgehend akzeptiert, wird der Umgang mit Alkohol allenfalls grob reguliert werden und werden Verstöße gegen diese Regulierungen häufig keine Strafbarkeit auslösen. Werden Delikte unter Alkoholeinfluss begangen, wird sich der Alkoholeinfluss tendenziell strafmildernd auswirken.<sup>37</sup> Im Folgenden wird erörtert, wie das deutsche Strafrecht den Alkoholkonsum bewertet.

### III. Das geltende Strafrecht

Nach der deutschen Rechtsordnung ist Alkoholkonsum grundsätzlich ein erlaubtes sozialadäquates Verhalten. Die Herstellung, die Einfuhr, der Vertrieb und der Konsum von alkoholischen Getränken sind zulässig und es darf für alkoholische Getränke geworben werden. Die Alkoholbesteuerung liegt unter dem EU-Durchschnitt.<sup>38</sup>

Allerdings bestehen gewissen Einschränkungen des Umgangs mit Alkohol. So dürfen Fahrzeuge im Straßenverkehr nicht unter einem die Fahrtüchtigkeit beeinträchtigenden Alkoholeinfluss geführt werden und werden Verstöße gegen dieses Verbot mit Strafe oder Geldbuße geahndet (vgl. §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, 316 StGB und §§ 24a, 24c StVG). Weitere Einschränkungen des Umgangs mit Alkohol betreffen den Kinder- und Jugendschutz. So bestehen Alkoholverbote in Schulge-

---

<sup>33</sup> Siehe *Heimerdinger* Alkoholabhängige Täter: justizielle Praxis und Strafvollzug, 2006, S. 72, 87, 194.

<sup>34</sup> *Kerner* in *Kerner/Kaiser* (Hrsg.), *Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten*. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag, 1990, S. 183, 203.

<sup>35</sup> *H.-J. Albrecht*, *Bewährungshilfe* 1985, S. 345.

<sup>36</sup> *Kerner* (Fn. 28), S. 11 ff.

<sup>37</sup> *Kerner* (Fn. 28), S. 13.

<sup>38</sup> *Gaertner/Meyer/Freyer-Adam/John* (Fn. 1), S. 38.

bäuden (vgl. z. B. § 4 Abs. 8 Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz<sup>39</sup>). Nach § 9 Abs. 1 Jugendschutzgesetz<sup>40</sup> dürfen in Gaststätten, Verkaufsstellen oder sonst in der Öffentlichkeit Branntwein, branntweinhaltige Getränke oder Lebensmittel, die Branntwein in nicht nur geringfügiger Menge enthalten, an Kinder und Jugendliche und andere alkoholische Getränke an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren weder abgegeben noch darf ihnen der Verzehr gestattet werden. § 9 Abs. 3 und 4 Jugendschutzgesetz enthalten weitere Einschränkungen der Abgabe alkoholischer Getränke. Nach § 4 Jugendschutzgesetz ist die Zulässigkeit des Aufenthalts von Kindern und Jugendlichen in Gaststätten eingeschränkt. Nach § 11 Abs. 5 Jugendschutzgesetz dürfen Werbefilme oder Werbeprogramme, die für alkoholische Getränke werben, nur nach 18 Uhr vorgeführt werden. Verstöße gegen diese Vorschriften sind nach § 28 Abs. 1 Nr. 5, 10, 11 und 14a Jugendschutzgesetz mit Geldbuße bedroht. Nach § 31 Abs. 2 S. 2 Jugendarbeitsschutzgesetz<sup>41</sup> darf, wer Jugendliche beschäftigt, Jugendlichen unter 16 Jahren keine alkoholischen Getränke und Jugendlichen über 16 Jahre keinen Branntwein geben. Verstöße gegen diese Vorschrift werden nach § 58 Abs. 1 Nr. 21 Jugendarbeitsschutzgesetz als Ordnungswidrigkeit sanktioniert und sind unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 58 Abs. 5 und 6 Jugendarbeitsschutzgesetz strafbar.

Neben dem Kinder- und Jugendschutz kennt das deutsche Recht weitere Vorschriften, mit denen einem Alkoholmissbrauch entgegengewirkt werden soll. So bedarf nach § 2 Abs. 1 Gaststättengesetz<sup>42</sup> einer Erlaubnis, wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, und ist diese Erlaubnis nach § 4 Nr. 1 Gaststättengesetz u. a. zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, weil er dem Trunke ergeben ist oder befürchten lässt, dass er Alkoholmissbrauch Vorschub leisten wird. § 20 Gaststättengesetz verbietet es, Branntwein oder überwiegend branntweinhaltige Lebensmittel durch Automaten feilzuhalten, in Ausübung eines Gewerbes alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene zu verabreichen oder im Gaststättengewerbe das Verabreichen alkoholfreier Getränke von der Bestellung alkoholischer Getränke abhängig zu machen oder bei der Nichtbestellung alkoholischer Getränke die Preise zu erhöhen. Nach § 6 Gaststättengesetz sind dann, wenn der Ausschank alkoholischer Getränke gestattet ist, auf Verlangen auch alkoholfreie Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle zu verabreichen, wobei min-

---

<sup>39</sup> Vom 24. 1.2007, GVOBl. S. 39.

<sup>40</sup> Vom 23.7.2002, BGBl. I S. 2730, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 31.10.2008, BGBl. I S. 2149.

<sup>41</sup> Vom 12.4.1976, BGBl. I S. 965, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 2 Gesetz vom 31.10.2008, BGBl. I S. 2149.

<sup>42</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 20.11.1998, BGBl. I S. 3418, zuletzt geändert durch Art. 10 Zweites BürokratieabbauG vom 7.9.2007, BGBl. I S. 2246. Das Gaststättengesetz ist Bundesrecht. Durch die Föderalismusreform von 2006 ist die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Gaststätten auf die Länder übergegangen. Soweit die Länder keine eigenen Gaststättengesetze erlassen haben, gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 GG das Gaststättengesetz des Bundes fort.

destens ein alkoholfreies Getränk nicht teurer sein darf als das billigste alkoholische Getränk. Verstöße gegen diese Vorschriften sind nach § 28 Abs. 1 Nr. 1, 8 und 9 und Abs. 2 Nr. 1 Gaststättengesetz mit Bußgeld bedroht.

Dem Schutz gegen Alkoholmissbrauch dient auch die Strafvorschrift des § 323a StGB. Nach dieser Vorschrift wird wegen Vollrausches bestraft, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist. Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wobei die Strafe nicht schwerer sein darf als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist. Das nach § 323a StGB strafbare Verhalten ist das Sich-Berauschen. Es wird wegen seiner generellen Gefährlichkeit unter Strafe gestellt.<sup>43</sup> Es handelt sich deshalb bei § 323a StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.<sup>44</sup> Allerdings wird nicht jedes Sich-Versetzen in einen Rauschzustand bestraft. Der Gesetzgeber bejaht vielmehr ein Strafbedürfnis nur dann, wenn der Täter im Rauschzustand eine rechtswidrige Tat begeht, also den objektiven und subjektiven Tatbestand eines Strafgesetzes rechtswidrig erfüllt. Die Begehung dieser Rauschtat hat das Gesetz als außerhalb des Straftatbestandes liegende objektive Bedingung der Strafbarkeit konstruiert.<sup>45</sup> Vorsatz und Fahrlässigkeit des Täters müssen sich also nur auf das Sich-Berauschen beziehen, nicht aber auf die Begehung der Rauschtat. Diese Konstruktion ist jedenfalls dann mit dem Schuldprinzip vereinbar, wenn für die Strafbarkeit verlangt wird, dass für den Täter beim Sich-Berauschen voraussehbar war, dass es im Rauschzustand zur Erfüllung irgendeines Straftatbestandes kommen könnte.<sup>46</sup> Der Straftatbestand des Vollrausches hat eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Im Jahr 2008 wurden 3.088 Personen wegen Vollrausches nach § 323a StGB verurteilt.<sup>47</sup>

§ 323a StGB greift zunächst ein, wenn feststeht, dass der Rausch zur Schuldunfähigkeit des Täters führte und der Täter in diesem Zustand die rechtswidrige Tat beging. Anerkannt ist auch, dass nach § 323a StGB zu bestrafen ist, wenn der Täter nach den gerichtlichen Feststellungen den sicheren Bereich der erheblich

---

<sup>43</sup> Dölling (Fn. 19), S. 174.

<sup>44</sup> BGH, NJW 2003, 2394, 2396; Dölling in Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 59 Rn. 1; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 323a Rn. 1. Für ein konkretes Gefährungsdelikt Geisler Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 435; Sternberg-Lieben/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 323a Rn. 1. Für Aufgliederung des § 323a StGB in einen engeren und einen weiteren Vollrauschtatbestand Paeffgen in NK StGB, 3. Aufl. 2010, § 323a Rn. 14 ff.; Wolter NStZ 1982, 54, 58 ff.

<sup>45</sup> BGHSt 1, 275, 277; BGH, NJW 2003, 2394, 2395; OLG Naumburg, NJW 2001, 312; Dölling (Fn. 44); Lackner/Kühl (Fn. 44), Rn. 5.

<sup>46</sup> BGHSt 10, 247; BGH, JR 1958, 28; VRS 17, 340; BayObLG NJW 1990, 2334, 2335; OLG Hamm NJW 1975, 2252, 2253; NStZ 2009, 40 mit Anm. Geisler; Dölling (Fn. 44); Schroeder in Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil Teilbd. 2, 9. Aufl. 2005, § 96 Rn. 5; dagegen Lackner/Kühl (Fn. 44), § 323a Rn. 14.

<sup>47</sup> Statistisches Bundesamt (Fn. 20), S. 40 f., 46 f.

verminderten Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB in Richtung auf Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB überschritten hat und es sich deshalb nicht ausschließen lässt, dass seine Schuldfähigkeit nicht nur erheblich vermindert, sondern aufgehoben war.<sup>48</sup> Nach der Rechtsprechung ist auch gemäß § 323a StGB zu bestrafen, wenn zwei Sachverhaltsvarianten in der Weise in Betracht kommen, dass der Täter entweder nicht ausschließbar schuldunfähig oder erheblich vermindert schuldfähig war.<sup>49</sup> Umstritten ist, ob § 323a StGB auch dann anwendbar ist, wenn nicht nur Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit im Zeitpunkt der Rauschtat in Betracht kommt, sondern es auch möglich ist, dass der Täter im Zeitpunkt der Rauschtat voll schuldfähig war.<sup>50</sup> Erfüllt der Täter im Rauschzustand nicht einen Straftatbestand, sondern den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit, greift die Ordnungswidrigkeit des Vollrausches nach § 122 OWiG ein.

Die bisherigen Ausführungen betrafen spezifisch gegen den Alkoholkonsum gerichtete Vorschriften. Für die strafrechtliche Bewertung des Alkoholkonsums ist es darüber hinaus von erheblicher Bedeutung, in welcher Weise das Strafrecht den Umstand berücksichtigt, dass der Täter bei der Verwirklichung eines sonstigen Straftatbestandes – z. B. bei der Begehung eines Totschlags – unter dem Einfluss von Alkohol stand. Hierbei sind mehrere Konstellationen zu unterscheiden. Es kann sich zunächst so verhalten, dass der Täter infolge des Alkoholkonsums im Zeitpunkt der Tathandlung – z. B. bei der Abgabe des tödlichen Schusses – i. S. v. § 20 StGB schuldunfähig war. Dies könnte zur Strafflosigkeit des Täters führen. Es kommt jedoch in Betracht, in diesen Fällen die strafrechtliche Verantwortlichkeit mit der in Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft entwickelten Rechtsfigur der *actio libera in causa* nicht an die im Rausch begangene Handlung, sondern an die Herbeiführung des Rauschzustandes anzuknüpfen, die noch im Zustand der Schuldfähigkeit erfolgte. Danach kommt eine Bestrafung aus dem im Rauschzustand verwirklichten Tatbestand trotz Schuldunfähigkeit in diesem Zeitpunkt in Betracht, wenn der Täter den Rauschzustand schuldhaft herbeigeführt hat.<sup>51</sup> Eine vorsätzliche *actio libera in causa* liegt vor, wenn der Täter den Rauschzustand vorsätzlich verursacht, in diesem Zeitpunkt Vorsatz im Hinblick auf die Begehung eines bestimmten Delikts im Rauschzustand hat und den Tatbestand dann im Rauschzustand vorsätzlich verwirklicht.<sup>52</sup> Das ist etwa der Fall, wenn sich der Täter für die geplante Tat Mut antrinkt. Handelt der Täter im Hinblick auf einen der genannten Umstände nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig, liegt eine fahrlässige *actio libera in causa* vor.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> BGHSt 16, 187; 17, 333, 334.

<sup>49</sup> BGHSt 32, 48.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Dölling (Fn. 44), § 59 Rn. 3 m. w. N.

<sup>51</sup> BGHSt 2, 14; 17, 33; 21, 381; 34, 29; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 56 ff.; Wessels/Benlke Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 415 ff.

<sup>52</sup> Wessels/Benlke (Fn. 51), Rn. 417.

<sup>53</sup> Wessels/Benlke (Fn. 51), Rn. 420.



Die Rechtsfigur der *actio libera in causa* ist umstritten. Teilweise wird angenommen, die *actio libera in causa* sei mit § 20 StGB nicht vereinbar.<sup>54</sup> Nach § 20 StGB müsse der Täter bei Begehung der Tat schuldfähig sein. Wegen der Unvereinbarkeit mit § 20 StGB verstoße die Rechtsfigur der *actio libera in causa* gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Gesetzlichkeitsprinzip, nach dem die Strafbarkeit vor der Tatbegehung gesetzlich bestimmt sein müsse. Demgegenüber wird die *actio libera in causa* mit unterschiedlichen Gründen gerechtfertigt. Teilweise wird bereits die Herbeiführung des Defektzustandes als Beginn der Tatbestandsverwirklichung angesehen (sog. Tatbestands- oder Vorverlagerungsmodell),<sup>55</sup> teilweise wird angenommen, dass es sich bei der Anknüpfung des Schuldvorwurfs an die Herbeiführung des Defektzustandes um eine zulässige Ausnahme von dem Grundsatz handle, dass Tatbegehung und Schuld zeitlich zusammentreffen müssen (sog. Ausnahmmodell).<sup>56</sup> Richtigerweise sind die im Rausch begangene Handlung und die Herbeiführung des Rauschzustandes als eine Einheit einzusehen, die insgesamt von dem Begriff der Begehung der Tat in § 20 StGB erfasst wird, so dass die Rechtsfigur der *actio libera in causa* anzuerkennen ist.<sup>57</sup>

Allerdings sollen nach einer Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs die Grundsätze der *actio libera in causa* auf die Tatbestände der Gefährdung des Straßenverkehrs und des Fahrens ohne Fahrerlaubnis nicht anwendbar sein.<sup>58</sup> Nach Ansicht des 4. Strafsenats kann das Sich-Betrinken bei diesen Delikten nicht als die eigentliche Tatbestandshandlung angesehen werden, da das Führen eines Fahrzeugs erst mit dem Bewegungsvorgang des Anfahrens beginne; eine Ausnahme von der Regel des § 20 StGB, nach der die Schuldfähigkeit im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen müsse, sei nicht zulässig.<sup>59</sup> Dieser Ausschluss der *actio libera in causa* bei eigenhändigen Delikten überzeugt jedoch nicht.<sup>60</sup> Auch bei eigenhändigen Delikten wie der Straßenverkehrgefährdung, der Trunkenheit im Verkehr und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis bilden die Fahrt und das vorangegangene Trinken eine Einheit, die es rechtfertigt, den Schuldvorwurf an das Sich-Betrinken anzuknüpfen. Auch wenn der Täter im Zeitpunkt der eigentlichen Tathandlung rauschbedingt schuldunfähig ist, kann somit die Rechtsfigur der *actio libera in causa* in einer Reihe von Fällen zur strafrechtlichen Haftung aus dem im Rauschzustand verwirklichten Straftatbestand führen.

---

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Hettinger* Die „*actio libera in causa*“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung, 1988.

<sup>55</sup> *Hirsch* NSTz 1997, 230; *Roxin* (Fn. 51), § 20 Rn. 59 ff.

<sup>56</sup> *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 447 f.; *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 11 Rn. 18.

<sup>57</sup> *Streng* JZ 1994, 709 ff.; *ders.* in *Egg/Geisler* (Fn. 28), S. 69 ff.; *Dölling* (Fn. 19), S. 171 f.

<sup>58</sup> BGHSt 42, 235; zustimmend *Horn* StV 1997, 264; *Hruschka* JZ 1997, 22; *Neumann* StV 1997, 23.

<sup>59</sup> A. a. O., 238 ff.

<sup>60</sup> Die Entscheidung des BGH ablehnend *Dölling* (Fn. 44), § 42 Rn. 26; *Hirsch* (Fn. 55); *Spendel* JR 1997, 133.

Weiterhin kann der Alkoholkonsum bewirken, dass die Schuldfähigkeit des Täters im Zeitpunkt der Tathandlung i.S.v. § 21 StGB erheblich vermindert ist. Auch in dieser Konstellation kommt eine Bestrafung wegen einer im Zustand der vollen Schuldfähigkeit begangenen Tat in Betracht, wenn die Voraussetzungen der *actio libera in causa* vorliegen.<sup>61</sup> Ist das nicht der Fall, greift die Regelung des § 21 StGB ein. Danach kann die Strafe bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden, also aus einem niedrigeren Strafraum bestraft werden. Fraglich ist, ob bei einer durch Alkoholgenuß geminderten Schuldfähigkeit von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen ist. Insoweit sind in der Rechtsprechung erhebliche Wandlungen zu verzeichnen. Zunächst hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass selbstverschuldete Trunkenheit in der Regel Anlass sein werde, die Strafe nicht zu mildern.<sup>62</sup> Später hat der Bundesgerichtshof den Umstand, dass der Täter seine Trunkenheit selbstverantwortlich herbeigeführt hat, nicht als ausreichend angesehen, um eine Strafmilderung zu versagen. Die Ablehnung einer Strafmilderung unter dem Gesichtspunkt, dass der Täter den Zustand verminderter Schuldfähigkeit durch Alkoholgenuß vorwerfbar herbeigeführt habe, sei nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Täter nach Alkoholgenuß zu Verhaltensweisen neige, die der begangenen Tat entsprechen, und er sich dieser Neigung bewusst gewesen sei oder hätte bewusst werden können.<sup>63</sup> Danach reicht das allgemeine Wissen um die Gefährlichkeit erheblichen Alkoholkonsums nicht aus, um eine Strafmilderung abzulehnen. Begünstigend für stark alkoholisierte Täter wirkte sich auch die Rechtsprechung des 4. Strafsenats aus, der annahm, dass bei einem Blutalkoholgehalt ab 2 ‰ eine erhebliche Verminderung des Steuerungsvermögens nahe liege, und eine Entkräftung dieses Erfahrungssatzes nur in Ausnahmefällen für möglich hielt.<sup>64</sup> Von dieser Rechtsprechung, die dem Umstand nicht gerecht wird, dass die Wirkung des Alkohols von der Person des Täters und den Tat Umständen abhängt,<sup>65</sup> ist der Bundesgerichtshof jedoch inzwischen zu Recht abgerückt.<sup>66</sup>

In den letzten Jahren sind in der Rechtsprechung des BGH Tendenzen erkennbar, bei durch Alkoholkonsum herbeigeführter erheblich verminderter Schuldfähigkeit i.S.v. § 21 StGB die Strafmilderung einzuschränken. Dies gilt insbesondere für ein Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2003.<sup>67</sup> Darin spricht sich der 3. Strafsenat dafür aus, Straftätern, deren erheblich

<sup>61</sup> BGHSt 49, 239, 245; BGH, NStZ 1999, 448; 2000, 584; 2002, 28; 2003, 535; 2005, 384; *Lackner/Kühl* (Fn. 44), § 21 Rn. 6; anders *Roxin* (Fn. 51), § 20 Rn. 69.

<sup>62</sup> BGH bei *Dallinger* MDR 1951, 657.

<sup>63</sup> BGHSt 35, 143, 145.

<sup>64</sup> BGHSt 37, 231, 241.

<sup>65</sup> *Krüber* NStZ 1996, 569 ff.

<sup>66</sup> BGHSt 43, 66 mit Anm. *Loos* JR 1997, 514 ff., in der dieser auf die Schwierigkeit der Feststellung des für die Schuldfähigkeitsbeurteilung relevanten Sachverhalts hinweist.

<sup>67</sup> BGH, NJW 2003, 2394; ähnlich der 1. Strafsenat in NStZ 2005, 151, 152. Zustimmung *Foth* NStZ 2003, 597; ablehnend *Frister* JZ 2003, 1019; *Neumann* StV 2003, 527; *Streng* NJW 2003, 2963; *Verrel* in HK-GS, 2008, § 21 StGB Rn. 8.

verminderte Schuldfähigkeit auf selbstverschuldeter Trunkenheit beruht, die Strafrahmenverschiebung nach den §§ 21 und 49 StGB grundsätzlich zu versagen. Zur Begründung beruft sich der Senat u.a. darauf, dass die das Bewusstsein trübenden und enthemmenden Wirkungen übermäßigen Alkoholkonsums allgemein bekannt seien und dass eine Strafmilderung zu einem Wertungswiderspruch zu § 323a StGB führe, nach dem der selbstverschuldete Rausch strafbegründend wirke.

Diese Auffassung hat sich jedoch bisher in der Rechtsprechung des BGH nicht durchgesetzt. Vielmehr hat sich der 5. Strafsenat in einem Urteil aus dem Jahr 2004 für eine stärker differenzierende Beurteilung ausgesprochen.<sup>68</sup> Eine Strafmilderung dürfe nur dann versagt werden, wenn die infolge der erheblich eingeschränkten Schuldfähigkeit verminderte Tatschuld durch schulderhöhende Umstände ausgeglichen werde. Dies setze die Voraussehbarkeit der späteren Straftat durch den Täter voraus. Hiervon könne bei selbstverschuldeter Trunkenheit nicht generell die Rede sein, weil eine Vielzahl von Alkoholrauschzuständen folgenlos verlaufe. Für eine Versagung der Strafmilderung müssen nach Ansicht des 5. Strafsenats besondere Umstände hinzukommen, die entweder in der Person des Täters oder in der konkreten Tatsituation liegen und im Zusammenhang mit der Alkoholisierung das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant erhöhen. Eine Strafmilderung sei daher grundsätzlich zu versagen, wenn der Täter entweder aufgrund vergleichbarer Vorerfahrungen die ungünstigen Wirkungen von Alkohol auf sein Verhalten kenne oder kennen müsse oder wenn er in einer gefahrträchtigen Lage Alkohol konsumiere bzw. sich betrunken in eine gefahrträchtige Situation begeben.<sup>69</sup> Dem Urteil des 5. Strafsenats ist zuzustimmen, denn es wird durch seine differenzierende Beurteilung dem Grundsatz schuldangemessenen Strafens gerecht.<sup>70</sup>

Führt der Alkoholgenuss nicht zu einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit i.S.v. § 21 StGB, beeinflusst er aber die Tatbegehung, kommt er als Strafzumessungsgesichtspunkt bei der Bemessung der Strafe aus dem Normalstrafrahmen in Betracht. Ob der Alkoholkonsum strafmildernd oder strafscharfend wirkt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So kann er strafmildernd wirken, wenn der alkoholisierte Täter unerwartet in die zur Tatbegehung führende Si-

---

<sup>68</sup> BGHSt 49, 239. Zustimmend der 4. Strafsenat in NSStZ 2006, 274 f.

<sup>69</sup> Nach Ansicht des 2. Strafsenats in StV 2006, 465 f. ist bei selbst zu verantwortender Trunkenheit in der Regel eine Strafrahmensenkung nicht geboten. Dies komme jedoch bei besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat in Betracht. Dies könne gegeben sein, wenn der Täter über keine Vorerfahrungen der Art verfüge, dass er persönlich unter Alkoholeinfluss zu rechtsgutsverletzendem Verhalten neige, oder wenn sich für ihn zum Zeitpunkt der Berausung auch aus sonstigen Umständen kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass es unter der Wirkung der konkreten Alkoholisierung zu Straftaten kommen könnte.

<sup>70</sup> Zustimmend auch König NJ 2005, 44; Schüb in LK, 12. Aufl., Bd. 1, 2007, § 21 Rn. 55 f. Nach Mack Trunkenheit und Obliegenheit, 2008, S. 249 ff., 337 ff., beruht die Versagung der Strafmilderung in Trunkenheitsfällen auf der Verletzung der Obliegenheit, sich nicht durch Alkohol in einen nach § 21 StGB relevanten Rauschzustand zu versetzen; Voraussetzung für den Ausschluss der Strafmilderung ist, dass der Täter die Begehung einer nicht völlig andersartigen Tat im Zustand der Trunkenheit voraussehen konnte.

tuation gerät. Strafschärfend kann der Alkoholgenuss wirken, wenn der Täter beim Alkoholkonsum mit der späteren Tat rechnete oder rechnen musste.<sup>71</sup>

Das Sanktionsrecht enthält einige Möglichkeiten, darauf zu reagieren, dass die Tatbegehung im Zusammenhang mit Alkoholmissbrauch durch den Täter steht. So kann bei einer Verwarnung mit Strafvorbehalt eine Weisung zu einer ambulanten Entziehungskur verhängt werden (§ 59a Abs. 2 Nr. 4 StGB) und bei einer Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung die Weisung ausgesprochen werden, sich einer Entziehungskur zu unterziehen (§ 56c Abs. 3 Nr. 1 StGB). Bei alkoholabhängigen Tätern kommt neben oder statt der Verhängung einer Strafe die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn der Täter den Hang hat, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, er wegen einer rechtswidrigen Tat, die er im Rausch begangen hat oder die auf seinen Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, und die Gefahr besteht, dass er infolge seines Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen. Im Jahr 2008 ordneten die Strafgerichte bei 1.881 Tätern die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an.<sup>72</sup> Bei der Mehrzahl der heute in einer Entziehungsanstalt untergebrachten Personen beruht die Unterbringung allerdings nicht auf Alkoholabhängigkeit, sondern auf der Abhängigkeit von illegalen Drogen. Am 31.03.2009 waren von 2.811 nach § 64 StGB Untergebrachten 1.121, also 39,9 %, wegen Alkoholabhängigkeit untergebracht.<sup>73</sup> Bei Tätern, die von illegalen Drogen abhängig sind, besteht nach den §§ 35 ff. des Betäubungsmittelgesetzes die Möglichkeit, die Strafvollstreckung unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten einer Therapie zurückzustellen. Für alkoholabhängige Täter ist eine solche Möglichkeit gegenwärtig nicht vorhanden.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Vgl. *Stree/Kinzig* in Schönke/Schröder (Fn. 44), § 46 Rn. 22.

<sup>72</sup> Statistisches Bundesamt (Fn. 20), S. 334 f.

<sup>73</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Rechtspflege Reihe 4.1 Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. – 2009, 2010, S. 32 (nur alte Bundesländer einschließlich Gesamt-Berlin).

<sup>74</sup> Zur Diskussion über die Schaffung einer solchen Möglichkeit siehe *Heimerding* (Fn. 33).

## IV. Rechtspolitische Überlegungen

Bei rechtspolitischen Überlegungen zur Regelung des Umgangs mit Alkohol ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Alkoholkonsum um ein gesellschaftlich und kulturell derart fest verankertes sozial übliches Verhalten handelt, dass ein völliges Verbot des Umgangs mit Alkohol nicht in Betracht kommt.<sup>75</sup> Möglich sind weitere Einschränkungen des Alkoholvertriebs, z.B. ein Verbot des Alkoholverkaufs in Tankstellen während der Nachtzeit.<sup>76</sup> Außerdem müssen bestehende Einschränkungen effektiv durchgesetzt werden. Im Hinblick auf die strafrechtliche Bewertung des Alkoholkonsums sind in den letzten Jahren eine Reihe von Vorschlägen zur Verschärfung der strafrechtlichen Haftung von alkoholisierten Tätern unterbreitet worden. Diese Vorschläge setzen an unterschiedlichen Punkten an. Teilweise wird gefordert, den Strafrahmen des Tatbestandes des Vollrausches gem. § 323a StGB zu erhöhen. So soll nach einem Gesetzentwurf des Bundesrates vom 17.10.1997<sup>77</sup> dann, wenn das Gesetz für die im Rausch begangene Tat Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren androht, die Strafe für den vorsätzlichen Vollrausch Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren und für den fahrlässigen Vollrausch Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren sein. Nach dem Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vom 16.03.1999 für ein „Rauschtaten-Strafschärfungsgesetz“<sup>78</sup> soll der Vollrausch mit der Strafe bestraft werden, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist, wobei diese Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden soll.<sup>79</sup>

Andere Reformvorschläge betreffen die §§ 20 und 21 StGB. So ist vorgeschlagen worden, § 20 StGB um einen Abs. 2 zu ergänzen, nach dem ein Täter, der sich schuldhaft in einen die Schuldfähigkeit ausschließenden Rauschzustand versetzt und in diesem Zustand eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, nach dem verletzten Strafgesetz bestraft wird.<sup>80</sup> In diesen Vorschlägen ist teilweise vorgesehen, dass die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden kann.<sup>81</sup> Die Vor-

---

<sup>75</sup> Zur Prohibition in den USA von 1920 bis 1933 siehe *Simm* Kriminologisches Bulletin 1993, 45 ff.

<sup>76</sup> Vgl. den ein entsprechendes Verbot enthaltenden § 3a des Gesetzes über die Ladenöffnung in Baden-Württemberg, der durch das Alkoholverkaufsverbotgesetz vom 10.11.2009 (GBl S. 628) geschaffen wurde.

<sup>77</sup> BT-Drs. 14/759.

<sup>78</sup> BT-Drs. 14/545.

<sup>79</sup> In die andere Richtung gehen die Überlegungen von *Paeffgen* in *Egg/Geisler* (Fn. 28), S. 49 ff. Er hält den geltenden Strafrahmen des § 323a StGB für zu hoch, plädiert für eine Strafborgrenze von zwei Jahren und sieht eine höhere Strafe nur dann als angemessen an, wenn zur Rauschtat eine Schuldbeziehung i. S. d. *actio libera in causa* besteht.

<sup>80</sup> Vgl. *Hennig* in *Hettinger* (Hrsg.), Reform des Sanktionenrechts. Bd. 1: Alkohol als Strafmilderungsgrund, Vollrausch, *Actio libera in causa*, 2001, S. 97 ff.; *Rautenberg* DtZ 1997, 45 ff.; *Sick/Renzikowski*, ZRP 1997, 484 ff.; *Hruschka*, JZ 1996, 64 ff., der zusätzlich zur vorwerfbareren Herbeiführung des Rauschzustandes verlangt, dass der Täter mit Blick auf die Gefahr der Begehung einer rechtswidrigen Tat im Rauschzustand zumindest fahrlässig handelt.

<sup>81</sup> Für eine fakultative Strafmilderung *Sick/Renzikowski* und *Hruschka*, a. a. O., für eine Strafrahmenverschiebung bei lebenslanger Freiheitsstrafe *Rautenberg*, a. a. O. Der Vorschlag von *Hennig* sieht die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB nicht vor.

schläge, dem Täter bei einem selbstverschuldeten Rauschzustand die Berufung auf Schuldunfähigkeit zu versagen, stellen eine gravierende Verschärfung des geltenden deutschen Rechts dar, können sich aber auf eine Reihe ausländischer Vorbilder berufen.<sup>82</sup>

Zu § 21 StGB schlägt ein Gesetzentwurf des Bundesrates vom 24.1.2006<sup>83</sup> die Anfügung eines Abs. 2 vor, nach dem eine Strafmilderung in der Regel ausgeschlossen sein soll, wenn sich der Täter mittels alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel in einen selbstverschuldeten Rausch versetzt hat und die verminderte Schuldfähigkeit auf diesem Rausch beruht. Nach anderen Vorschlägen soll bei einem selbstverschuldeten Rauschzustand eine Strafmilderung wegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit nicht nur in der Regel, sondern generell ausgeschlossen sein.<sup>84</sup> Schließlich wird vorgeschlagen, die Grundsätze der *actio libera in causa* im Rahmen von § 20 StGB zu kodifizieren.<sup>85</sup>

Gegen diese Vorschläge zur Verschärfung der strafrechtlichen Haftung von unter Alkoholeinfluss handelnden Tätern bestehen Bedenken. Die Vorschläge zur Erhöhung des Strafrahmens des § 323a StGB führen zur Strafhöhen, die außer Verhältnis zum Schuldgehalt des Sich-Berauschens stehen. Gegen die Vorschläge zur Verschärfung der §§ 20 und 21 StGB spricht, dass der Schuldgehalt des bloßen Wissens oder Wissenkönnens um die generelle Gefährlichkeit von Rauschzuständen nicht der Schuldbeziehung zu einem bestimmten Delikt entspricht. Auf der Grundlage des geltenden Rechts lassen sich in der Regel sachgerechte Ergebnisse erzielen. Wichtig ist es, im Strafverfahren der Alkoholproblematik von Straftätern verstärkt Aufmerksamkeit zuzuwenden und auf Straffälligkeit im Zusammenhang mit Alkoholproblemen angemessen zu reagieren. So ist sorgfältig zu prüfen, ob eine Weisung nach § 59a Abs. 2 Nr. 4 StGB oder nach § 56c Abs. 3 Nr. 1 StGB in Betracht kommt oder ob die Voraussetzungen für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB vorliegen. Im Strafvollzug sollten für Gefangene mit Alkoholproblemen Beratungs- und Behandlungsprogramme zur Verfügung stehen. Zu überlegen ist, ob für alkoholabhängige Täter – ebenso wie dies die §§ 35 ff. BtMG für betäubungsmittelabhängige Täter vorsehen – die Möglichkeit geschaffen werden sollte, die Strafvollstreckung zugunsten einer Therapie zurückzustellen.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Vgl. den Überblick über die Regelungen in anderen europäischen Staaten bei *Thilmann* Die Auswirkungen von Alkohol und Drogen auf die Schuldfähigkeit, 2007, S. 255 ff.

<sup>83</sup> BR-Drs. 479/06.

<sup>84</sup> Siehe *Hennig* (Fn. 79); *Rautenberg* (Fn. 79), 46 f.

<sup>85</sup> So die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionenrechts bei *Hettinger* (Fn. 79), S. 319.

<sup>86</sup> Siehe dazu *Heimerdinger* (Fn. 33), passim.

# Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie

*Gunnar Duttge*

## I.

In seinem gemeinsam mit *Hans-Ludwig Schreiber* verfassten Kompendium „Studienmaterial Rechtstheorie“ (1980) weist der hochverehrte Jubilar den schon seinerzeit insbesondere gegenüber der *Rechtswissenschaft* erhobenen Vorwurf der „Lebensfremdheit“ und des „Formalismus“ entschieden zurück: Die alte Begriffsjurisprudenz mag beide Vorwürfe noch redlich verdient gehabt haben, indem sie – wenn „Kleines mit Großem“ verglichen wird – ähnlich dem ptolemäischen Weltbild in seinem blinden Widerstreben gegenüber dem kopernikanischen den „Mittelpunkt“ falsch lokalisiert hat: in den Ordnungsbegriffen als vermeintlicher Zentralaufgabe der Rechtswissenschaft und nicht in den Interessenlagen der Menschen (sowie den daraus abstrahierten Wertgrundlagen der Rechtsordnung). Für die Gegenwart seien diese Vorwürfe jedoch nicht mehr berechtigt: Heute verstehe sich die Rechtswissenschaft in letzter Konsequenz als praktische, „um dem Rechtsleben, in erster Linie der Rechtsanwendung [...] zu dienen“<sup>1</sup>. Das mache jedoch – darauf hat *Loos* ebenfalls großen Wert gelegt – die sorgfältige Arbeit an der Begriffsbildung keineswegs entbehrlich, durch die sich rechtswissenschaftliches Tun erst vollziehe: Denn die vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft bestehe in ihrer Ordnungsfunktion, d.h. im schöpferischen Zusammenführen der mannigfaltigen Erscheinungen des Rechtslebens und in der Verknüpfung derselben in einem „übersichtlichen Sys-

---

<sup>1</sup> *Schreiber, Hans-Ludwig/Loos, Fritz*, Rechtstheorie (bsv studienmaterial), 1980, S. 103 f., 107 f.

tem<sup>2</sup>. Wissenschaftliches Denken bedarf, so hat es einst schon *Rudolf Stammler* einprägsam beschrieben, auch im Recht „des bewussten Herausschälens einer Grundfrage, des Handhabens einer kritisch getesteten Methode [und] der Stütze einer allgemeingültigen Theorie“: „Ohne das mögliche Zurückgehen auf eine einheitliche Grundlehre muss jedes richtende Urteil, das irgendwie in rechtlichen Dingen ergeht, bloß von subjektivem Werte sein und der objektiven Begründung ermangeln“<sup>3</sup>. In einem seiner jüngsten Beiträge<sup>4</sup> hat *Loos* die spezifisch strafrechtliche Gesetzesbindung (vgl. Art. 103 II GG) eigens hervorgehoben und damit das Herzstück einer (möglicherweise eigenständigen?)<sup>5</sup> strafrechtlichen Methodenlehre; darüber hinaus kenne der Bereich der „Strafrechtsanwendung“ zwar auch „Einfallstorte für rechtsphilosophische Argumentationen“, und eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Strafrecht dürfe deshalb an den Grundfragen zu Zweck und Rechtfertigung von Kriminalstrafe nicht einfach vorbeigehen; kein rechtsphilosophischer Ansatz führe jedoch unmittelbar zu konkreten Lösungen, und es bleibe insoweit stets „ein breiter [...] Entscheidungsspielraum“: Für die Beantwortung konkreter strafrechtsdogmatischer Fragen „gibt rechtsphilosophische Argumentation nur einen überredenden, bestenfalls grob orientierenden Hintergrund ab, trägt aber die jeweilige Entscheidung nicht“<sup>6</sup>.

Dieser ausgewogenen, gegenüber simplifizierendem Deduzieren aus „fernen Orientierungspunkten“ eines „abgehobenen“<sup>7</sup> Theoriehimmels ebenso wie gegenüber unwissenschaftlich-„freirechtlichen“ ad-hoc-Beurteilungen skeptisch-ablehnenden, summa summarum also „mittleren“ Grundhaltung kommt heute eine neue, ungeahnte Aktualität zu: Dabei geht es freilich weniger um postmetaphysische Nachhutgefechte gegen wiedererwachtetes Streben nach Metaphysik, das *Loos* zu Recht – ob auch in seiner Kritik berechtigt, sei hier dahingestellt<sup>8</sup> – in der inzwischen unverkennbaren Renaissance retributiver Strafbegründungen („Zurück zum deutschen Idealismus“) am Werke sieht.<sup>9</sup> Vielmehr wendet sich wissenschaftstheoretisch das Augenmerk heute merklich der anderen Seite zu, ausgelöst durch die Erkenntnis, dass der schon seinerzeit wohlfeile „antitheoretische Affekt“<sup>10</sup> sich

<sup>2</sup> Ebd., S. 104.

<sup>3</sup> *Stammler, Rudolf*, Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft, in: Hinneberg, Paul (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart, Teil II Abteilung VIII: Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1913, S. 3.

<sup>4</sup> *Loos, Fritz*, Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik, in: Loos, Fritz/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren, 2007, S. 155 ff.

<sup>5</sup> Der Verfasser hatte im Sommersemester 2009 das Vergnügen, dieser Hypothese in einem gemeinsamen Seminar mit dem Jubilar zur „Gesetzesauslegung im Strafrecht“ nachgehen zu dürfen.

<sup>6</sup> *Loos, Fritz* (Fn 4), S. 158.

<sup>7</sup> *Loos, Fritz* (Fn 4), S. 161 (am Beispiel verschiedener rechtsphilosophischer Deutungsversuche des § 34 StGB).

<sup>8</sup> Für eine im äußeren Rahmen vergeltungstheoretische Position zuletzt auch *Duttge, Gunnar*, Menschengerechtes Strafen, in: Behrends/Schumann/Starck (Hrsg.), Das strafende Gesetz im Sozialstaat (Akademie der Wissenschaften zu Göttingen), 2010 [im Erscheinen].

<sup>9</sup> *Loos, Fritz* (Fn 4), S. 155.

<sup>10</sup> *Jestaedt, Matthias*, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006, S. 3.



inzwischen zu einer allgemeinen Grundstimmung verfestigt hat, in der zunehmend und mit erschreckender Selbstverständlichkeit nur noch die jeweiligen Entscheidungsvorschläge der dogmatischen Fächer *in ihrem Ergebnis* interessieren (die von der Rechtsprechung je nach Nutzwert für die eigene Sichtweise selektiv ausgewählt und zu Akklamationszwecken zitiert werden)<sup>11</sup>, während die vorgelagerten Begründungszusammenhänge samt ihrer methodologischen und wissenschaftstheoretischen Implikationen selbst in der rechtswissenschaftlichen (!) Ausbildung und Abschlussprüfung<sup>12</sup> offenbar kaum mehr irgendjemanden interessieren – sei es durch schlichte Behauptung einer (angeblich) fehlenden Praxisrelevanz jedweder Beschäftigung mit „theoretischen“ Vorfragen („Does theory matter?“)<sup>13</sup>, die man deshalb, damit sie beim eigenen Tun nicht weiter „stören“<sup>14</sup>, gleichsam an guru-hafte Einsiedler „auslagern“ kann, sei es unter Verweis auf populäre, altbekannte „theorie-nihilistische“ Stimmen zur (vermeintlichen) „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“<sup>15</sup> oder auf „Methodenaufklärer“, die – nicht ohne Berechtigung – das „Auseinanderklaffen von Methodentheorie und Methodenpraxis“ beanstanden und die kaum zu übersehende „Unaufrichtigkeit des herrschenden Methodenkonsenses demaskieren“<sup>16</sup> („Sie tun nicht, was sie sagen, und sie sagen nicht, was sie tun“)<sup>17</sup>.

In dieser Situation liegt es mehr als nahe, sich den Rechtswissenschaften in ihrem Selbstverständnis, in ihren Methodiken und Emanationen auf vordogmatischer, „theoretischer“ Ebene kritisch zu nähern und nach Wegen zu suchen, um von rechtswissenschaftlicher Seite her „den juristischen Theoriediskurs mit dem Praxisdiskurs zu verbinden“<sup>18</sup> oder – bescheidener formuliert – ohne Preisgabe des eigenen Wissenschaftsanspruchs die inzwischen übergroße Kluft zwischen beiden wieder ein wenig zu verringern. Eben mit dieser Zielsetzung und mit *Kants* „Ge-

---

<sup>11</sup> Vertiefend zum Spannungsverhältnis von Strafrechtswissenschaft und -praxis: *Erb, Volker*, ZStW 113 (2001), 1 ff.; *Hirsch, Hans Joachim*, in: Tröndle-FS 1989, S. 19 ff.; *Meyer-Goßner, Lutz*, ZRP 2000, 345 ff. (begrenzt auf das Strafverfahrensrecht); *Radtke, Henning*, in: Loos/Jehle (Fn 4), S. 119 ff.; insbesondere zu den „Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis“: *Loos, Fritz*, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 261 ff.

<sup>12</sup> Dem Verfasser wurde anlässlich des mündlichen Teils einer Examensprüfung auf das von ihm gestellte Vortragsthema, das Grundfragen zur „Fahrlässigkeit“ jenseits der üblichen Leerformeln („objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ etc.) zu erfragen suchte, von seinen hierüber offenbar erstaunten Mitprüfern (aus der Praxis) die Frage nach der „Praxisrelevanz“ und „Sinnhaftigkeit“ des Themas gestellt.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu schon *Dreier, Ralf*, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, 1975, S. 21.

<sup>14</sup> Treffend *Jestaedt* (Fn 10), S. 6: „Es liegt (...) in der Natur der Sache, dass der Rechtstheoretiker bei seinem (...) Raisonement Erkenntnisse zutage fördert, die dem rechtsanwendungsbezogen arbeitenden Dogmatiker oder Praktiker unangenehm sind, ihn in seiner Unbefangenheit und Selbstsicherheit, seinem Selbstverständnis und seiner (Außen-)Darstellung stören“.

<sup>15</sup> *Julius Hermann von Kirchmann*, Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848. – Siehe dazu auch die Kontroverse zwischen *Horst Heinrich Jacobs* und *Christoph Engel*, in: JZ 2006, 1115 ff., 1118 f.

<sup>16</sup> *Jestaedt, Matthias* (Fn 10), S. 9.

<sup>17</sup> Vgl. *Christensen, Ralf*, Was heißt Gesetzesbindung, 1989, insbes. S. 64.

<sup>18</sup> *Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, Vorwort.

meinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ gleichsam als Gründungsdokument<sup>19</sup> im Gepäck, unternimmt seit mehreren Jahren eine Gruppe „jüngerer Rechtswissenschaftler/Innen mit rechtstheoretischer und/oder methodologischer Expertise“<sup>20</sup> den Versuch, den „Nutzen“ der Rechtstheorie für die Rechtspraxis systematisch zu reflektieren und für alle am Rechtsdiskurs Beteiligten sichtbar zu machen – freilich nicht „marktschreierisch“ im Sinne eines vordergründigen (unmittelbar „anwendungsbezogenen“) Nutzens (den keine Rechtstheorie bieten kann), sondern um begreifendes Verständnis für die mittel- und langfristige „Umwegrentabilität der Grundlagenforschung“ werbend.<sup>21</sup> Und in der Tat dürfte *Matthias Jestaedt*, einer der führenden Köpfe dieses Unternehmens, mit seinem Verweis auf das *Poppersche* Unausweichlichkeits-Argument („alle Menschen haben eine Philosophie“) ganz richtig liegen: dass alle Rechtsanwender und Rechtswissenschaftler bei ihrem Wirken eine juristische Methode und eine juristische Theorie notwendig zugrunde legen, Theorie also „unentrinnbares Schicksal“<sup>22</sup> ist. In Rede steht daher nicht die Alternative zwischen Theorie und Nicht-Theorie, zwischen Reflexion und Intuition, sondern zwischen „besserer“ (überzeugender/begründeter) und „schlechterer“ (weniger überzeugender/weniger begründeter) „Theorie“. Um dies aber exakter (rationaler) ermessen und beurteilen zu können, bedarf es einer systematischen, strukturierten, „theorie“-geleiteten Analyse von Rechtswissenschaft *als solcher*: Eben hierin offenbart sich somit jene Aufgabenstellung, die an eine „Rechtswissenschaftstheorie“ gestellt ist, deren Gegenstand somit nicht das Recht, sondern die Wissenschaft(en) vom Recht ist.<sup>23</sup>

Was bedeutet das nun aber konkret, was soll die neue Perspektive rechtswissenschaftlichen Denkens substantiell beinhalten, die jener Neologismus zum Ausdruck bringen will, was nicht schon durch juristische Methodenlehre, durch Rechtstheorie (in bekannter Gestalt), Rechtsphilosophie und Allgemeiner Rechtslehre erfasst ist? Schließlich wurde doch bis vor wenigen Jahren von niemandem, auch nicht von dem verehrten Jubilar, der sich zeitlebens intensiv mit rechtstheoretischen Fragen auseinandergesetzt hat,<sup>24</sup> ein solchermaßen weiteres Grundlagenfach vermisst, auch wenn fehlendes Zur-Sprache-Bringen und selbst fehlendes Interesse im Tatsächlichen natürlich ein objektives Entbehrlichsein nicht zwingend belegen können. Handelt es sich womöglich um nichts anderes als nur um ein weiteres Spezialfach innerhalb des ohnehin schon vielfältig ausdifferenzierten Kanons hochspezieller „Kleinteilforschungsgebiete“, oder gar nur um „alten Wein in neuen

<sup>19</sup> Deutlich erkennbar schon in der Betitelung des Werkes von *Jestaedt* (Fn 10).

<sup>20</sup> Siehe Fn 18.

<sup>21</sup> *Jestaedt* (Fn 10), S. 91.

<sup>22</sup> *Jestaedt* (Fn 10), S. 14.

<sup>23</sup> So ausdrücklich *Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver* (Fn 18), Vorwort.

<sup>24</sup> Neben den bereits erwähnten Werken (Fn 1, 4) insbesondere die gründliche Abhandlung zu *Hans Welzel* in: Loos, Fritz (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 486 ff.; siehe auch die zu seinen Ehren erschienene Sonderausgabe der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 5/2009.

Schläuchen“? – Neben einer Reihe von eher allgemein gehaltenen, durchaus facettenreichen, im Ganzen aber noch eher tastenden Überlegungen zu möglichen Inhalten einer säulenübergreifenden „Rechtswissenschaftstheorie“ liegt mit dem Konzept des Regensburger Strafrechtsphilosophen *Michael Pawlik* schon ein ausgearbeiteter Entwurf zu einer „Strafrechtswissenschaftstheorie“ gleichsam als bereichsspezifischer Anwendungsfall vor,<sup>25</sup> so dass es – noch dazu im hiesigen Rahmen – naheliegt, die Aufmerksamkeit sogleich und unmittelbar hierauf zu richten. Auch in methodischer Hinsicht verheißt bekanntlich erst der Blick auf die Konkreta die gesuchte Anschaulichkeit. Allerdings macht es das Eingebettetsein einer „Strafrechtswissenschaftstheorie“ in jenen vorstehend skizzierten, übergreifenden Zusammenhang unverzichtbar, diesen nicht gänzlich aus den Augen zu verlieren; denn schon begriffslgisch muss sich das für den gesamten Rechtsbereich Spezifische einer „Rechtswissenschaftstheorie“ auch in ihren Teilbereichen, etwa bezogen auf den besonderen Bezugsgegenstand des Strafrechts, ungeachtet evtl. besonderer Ausprägungen und ggf. abweichender Folgerungen im Detail, wiederfinden. Um dieser strukturellen Vorgegebenheit Rechnung zu tragen, soll in einem erstem Schritt, in der Methode sozusagen „top-down“, die vorausgegangene erste Orientierung und Annäherung zum Grundgedanken einer „Rechtswissenschaftstheorie“ zunächst noch etwas vertieft (II.) und von hier ausgehend sodann – anhand der *Pawlikschen* Konzeption – die Frage nach der konkreten Aufgabenstellung mit Blick auf den strafrecht(-swissenschaft-)lichen Kontext aufgeworfen werden (III.); der kritische Abgleich von Allgemeinem und Konkretem öffnet nicht nur den Blick für tatsächliche und bloß vermeintliche Theoriedefizite auf dem Feld der Strafrechtswissenschaft (IV.), sondern lässt zugleich erahnen, wie sich hieraus – nun also „bottom-up“ – wiederum möglicherweise generalisierbare Erkenntnisse gewinnen lassen könnten für das Gemeinsame einer „säulenübergreifenden Meta-Disziplin der Jurisprudenz“ (*Matthias Jestaedt*)<sup>26</sup>.

## II.

Ausgangspunkt dessen, was einer solchen „metatheoretischen Reflexion der Rechtswissenschaften“ und ihrer Teildisziplinen im einzelnen zur Aufgabe gestellt sein könnte, ist – wie schon angedeutet – ein offenbar immer stärker empfundenes Unbehagen am „Stellenwert“ des heutigen Theoriediskurses über das Recht, der wietestgehend in Spezialzeitschriften und Spezialvorträgen, in Foren vor und mit Spezialisten geführt wird und für Rechtsdogmatik, Rechtspraxis und das juristische Curriculum so gut wie „folgenlos“, jedenfalls ohne sichtbare Relevanz ist; es sollte daher nicht überraschen, wenn dies all jenen, die sich nicht als „Esoteriker“ begreifen, sondern eine Ganzheitlichkeit des Rechts und seiner Protagonisten erstreben,

<sup>25</sup> *Pawlik, Michael*, Strafrechtswissenschaftstheorie, in: *Pawlik, Michael/Zaczyk, Rainer* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 469-495.

<sup>26</sup> In: *Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver* (Fn 18), S. 185, 186, 189, 201 passim.

eher als „Glasperlenspiel“ erscheint, ja erscheinen muss. Bezogen auf die Strafrechtswissenschaft hat *Björn Burkhardt* die zentralen Gründe des wachsenden Unbehagens schon vor gut zehn Jahren, einschlägige Stellungnahmen anderer Strafrechtswissenschaftler aufgreifend, sorgfältig aufgelistet und dabei insbesondere auch „die Praxisferne und die Haftschäden“ genannt, „welche die deutsche Binnendogmatik in ihrem Faraday-Käfig erlitten“ habe.<sup>27</sup> Ein so kluger Beobachter und Kenner der deutschen Strafrechtswissenschaften wie der an der Columbia University in New York forschende Strafrechtsvergleicher *George P. Fletcher* beschrieb die deutschen Strafrechtswissenschaftler/Innen einmal als „Priester einer Glaubensgemeinschaft, die sich vor Einflüssen anderer Glaubensrichtungen bzw. Rechtssysteme zu hüten versuchen“<sup>28</sup>. Von *Albin Eser* stammt der schon häufiger vernommene und wiederholt erneuerte, auch jene der „öffentlichen Gewissensforschung“ dienende große Tagung der deutschen Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende prägende Gegenappell, sich nicht „in den Elfenbeinturm einer vermeintlich reinen Fachwissenschaftlichkeit“ zurückzuziehen: „Wenn Rechtswissenschaft nicht zu selbstgenügsamem Privatgelehrtentum verkümmern, sondern [...] ihrer Funktion [als] einer transindividualen Handlungswissenschaft gerecht werden soll, dann bedarf sie des öffentlichen Raumes, in den sie hineinsprechen und in dem sie sich zugleich verantworten muss“<sup>29</sup>. Ganz in diesem Sinne, freilich um den bedeutsamen Aspekt des Selbstverständnisses einer „Wissenschaft“ erweitert, hebt auch das Manifest zur Begründung einer „Rechtswissenschaftstheorie“ aus der Feder von *Oliver Lepsius* an: „Wollen wir uns mit einer weitgehend theoriefreien Dogmatik begnügen“,<sup>30</sup> die sich auf einen professionellen Umgang mit dem positiven Recht durch möglichste „Reduktion der Komplexität“ entsprechend ihrer Entlastungs- und Stabilisierungsfunktion, auf eine bloße Technik der strikt praxisbezogenen Rechtskonkretisierung beschränkt und ihre „Sinnreferenz“ nicht mehr wahrnimmt?<sup>31</sup> Geht mit der weit verbreiteten „Selbstverpflichtung auf Dogmatik“ nicht der spezifisch „wissenschaftliche“ Anspruch einer Rechtswissenschaft verloren? – denn „dogmatisch arbeiten eben viele, nicht nur Rechtswissenschaftler“.<sup>32</sup>

Mit dieser Betonung einer „wissenschaftlichen“ Betrachtung und Bearbeitung des Rechtsstoffes scheint nun aber wieder nichts anderes im Raume zu stehen als

<sup>27</sup> *Burkhardt, Björn*, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 111, 129 f. m.w.N.

<sup>28</sup> *Fletcher, George P.*, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn 27), S. 235, 253.

<sup>29</sup> *Eser, Albin*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn 27), S. 8.

<sup>30</sup> *Lepsius, Oliver*, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 3.

<sup>31</sup> *Lepsius, Oliver* (wie vorstehende Fn), S. 17 f.

<sup>32</sup> *Lepsius, Oliver* (wie vorstehende Fn), S. 19: „Es gibt kein Kriterium mehr, um dogmatische Beiträge prinzipiell der Wissenschaft zuzurechnen. Wissenschaftler sind nur Beiträger neben vielen anderen“.

der schon oft durchlittene<sup>33</sup> Alptraum von der „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“<sup>34</sup> mitsamt der Frage, wo für die zarte Pflanze „Rechtswissenschaft“ in einem immer unwirtlicher werdenden, immer vehementer auf Effizienz und „output“ drängenden Umfeld in harter Konkurrenz zu den anderen Wissenschaften noch ein warmes und sicheres, dem Gedeihen zuträgliches Plätzchen zu finden sein könnte<sup>35</sup> – eine hochschulpolitisch heute sicherlich gewichtige Frage in Zeiten des Bologna-Prozesses und des internationalen Trends zum vermehrten Umbau der Juristenfakultäten in „Law Schools“, deren Ziel einzig in der zeit- und ressourcensparenden „Produktion“ der auf dem Arbeitsmarkt benötigten „Rechtshandwerker“ besteht. Eine hierdurch herausgeforderte „Rechtswissenschaft“, die nicht zusehen möchte, bis der rapide Verlust an Wertschätzung gegenüber dem Recht durch instrumentalisierende, korrumpierende Politik auch sie selbst vollends erfasst hat, wird sich zwecks Erhaltung ihrer „Daseinsberechtigung“ und Erfüllung der an sie herangetragenen Erwartungen und Fremdeinschätzungen wohl dort anschlussfähig zu halten suchen, wo die theoretische Reflexion über „Wissenschaft“ im Allgemeinen zu Hause ist. Folgt hieraus also für den hiesigen Kontext, dass „Rechtswissenschaftstheorie“ einen „Besonderen Teil“ der Wissenschaftstheorie abbildet, gleichsam als deren „juridischer Zweig“? Von der fragwürdigen Erfolgsträchtigkeit eines solchen Unternehmens einmal abgesehen, ist *Matthias Jestaedt* die Klarstellung zu verdanken, dass ein solcherart „exogenes Verständnis“ gerade nicht gemeint ist: Wollte eine als „Ableger“ der allgemeinen Wissenschaftstheorie verstandene Rechts-Wissenschaftstheorie nur die „von außen“ an die Jurisprudenz herangetragenen Fragen beantworten, dann bliebe dieser Diskurs stets „äußerlich“;<sup>36</sup> denn für die operativen Rechtswissenschaften änderte sich dadurch nichts. Ganz im Gegensatz dazu geht es also vielmehr um ein „endogenes Verständnis“ im Sinne einer „Reflexionsdisziplin“, die sozusagen „von innen“ – der Binnenperspektive erwachsend – „aus Gründen reflexiver Ortsbestimmung und Selbstvergewisserung“ die Jurisprudenz *und ihre wissenschaftliche Durchdringung* zum Gegenstand ihrer analytischen Betrachtung macht und deshalb nur aus der Rechtswissenschaft selbst hervorgehen, nicht jedoch von einer Rechts-fernen Wissenschaftstheorie gesetzt oder von dort importiert werden kann.<sup>37</sup>

Die wohlüberlegte Bezugnahme auf die Rechtswissenschaften als Gegenstand und nicht als Motor der wissenschaftlichen Analyse lässt jetzt besser erahnen, warum die tradierten, so genannten Grundlagenfächer keine geeigneten Kandidaten für diese Aufgabenbeschreibung sein können: Denn die Methodenlehre behan-

---

<sup>33</sup> Bemerkenswert beginnt auch *Bernd Schönemann* seinen Festschriftbeitrag zu „Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert“ (Herzberg-FS 2008, S. 39) mit einem Verweis auf *v. Kirchmann!*

<sup>34</sup> Siehe o. Fn 15.

<sup>35</sup> Vgl. *Rütbers, Bernd*, *Rechtstheorie*, 4. Aufl. 2008, § 7 Rn 302 ff.

<sup>36</sup> *Jestaedt, Matthias*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn 18), S. 185, 187 f.

<sup>37</sup> *Jestaedt, Matthias*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn 18), S. 185, 189; s. auch *ders.*, in: *Das mag in der Theorie richtig sein...* (Fn 10), S. 69 Anm. 197.

delt allein die Anforderungen an eine willkürfreie Rechtsinterpretation, ist daher bestenfalls eine Art von „Qualitätsmanagement“ für das positive Recht und Vorbedingung für das Entstehen von überzeugender oder wenigstens plausibler Rechtsdogmatik. In gleicher Weise haben aber auch Rechtstheorie, Allgemeine Rechtslehre<sup>38</sup> und Rechtsphilosophie nicht die Sphäre rechtswissenschaftlicher Betätigung, sondern das Recht selbst zum Gegenstand, sei es auf der Suche nach möglichen „überpositiven“ Gehalten, sei es durch die Analyse seiner formellen und strukturellen Elemente, also vor allem seiner Grundbegriffe, seiner spezifischen Ausdrucksformen und seiner Sprache.<sup>39</sup> Durch Abstraktion des vorfindlichen Rechtsstoffes treten Besonderheiten der Teilrechtsgebiete und ihrer jeweiligen wissenschaftlichen Bearbeitung ganz in den Hintergrund, obgleich doch kein Geheimnis mehr ist, dass die Theorieverarbeitung im Zivilrecht sich deutlich anders präsentiert als diejenige des Öffentlichen Rechts, und diese wiederum sehr verschieden ist von den Theoriediskursen innerhalb der Strafrechtswissenschaft.<sup>40</sup> Eine „Theorie der Rechtswissenschaften“ muss aber, bevor sie zu Gemeinsamkeiten im Deskriptiven und vielleicht auch im Normativen (also durch Formulierung von „Theorie-Standards“) vorstoßen kann, zuerst die Binnendifferenzierung des Rechts und der hierauf bezogenen Teilrechtswissenschaften wahrnehmen; schließlich sind nur dort die *specifica* der jeweiligen Rechtsdogmatik und ihrer Rückwirkungen auf die hierauf bezogenen (Teilrechts-)Wissenschaften bekannt und lassen sich – aufgrund dieser Sachnähe – somit auch nur dort adäquate Regeln der rechtswissenschaftlichen Analyse formulieren. Vor einer allgemeinen Theorie der Rechtswissenschaften, die dann u.a. auch die Divergenzen zwischen den Theoriediskursen der einzelnen Subdisziplinen zu thematisieren hätte, steht zunächst die binnenperspektivische Aufklärung und systematische Erarbeitung *der je bereichsspezifischen* Grundlagen rechtswissenschaftlicher Analyse.<sup>41</sup> Manches davon mag sich dann im „Rechtswissenschaftsvergleich“<sup>42</sup> womöglich als Spezifikum des jeweiligen Teilrechtsgebiets (bzw. seiner jeweiligen wissenschaftlichen Bearbeitung) erweisen, manches davon ohne weiteres auch generalisierbar sein; nur muss, wer das „Wie“ der jeweiligen Wissenschaftspraxis wissenschaftlich untersuchen will, dort an-

<sup>38</sup> Zum uneinheitlichen Verständnis über den Gegenstandsbereich der Allgemeinen Rechtslehre in Abgrenzung zur Rechtstheorie siehe näher *Röhl, Klaus*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, Einleitung (§ 1).

<sup>39</sup> Näher zum Untersuchungsgegenstand dieser Grundlagendisziplinen: *Mastronardi, Philippe*, Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft, in: Senn, Marcel/Puskás, Dániel (Hrsg.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, ARSP-Beiheft Nr. 111 (2007), S. 39, 45 ff.; siehe auch *Schreiber/Loos* (Fn 1), S. 12 ff.

<sup>40</sup> Zutreffend *Lepsius, Oliver*, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 8 ff., 21 ff. – dies zeigt – gewollt oder ungewollt – nicht zuletzt auch eindrucksvoll die Heterogenität der Beiträge des Bandes „Rechtswissenschaftstheorie“.

<sup>41</sup> Zur Bereichsspezifität der einzelnen Rechtswissenschaften auch: *Jahn, Matthias*, Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 175, 180 ff.; *Jestaedt, Matthias* (ebd.), S. 185, 190, 192 ff.; *Lepsius, Oliver* (ebd.), S. 1, 49; a.A. *van Aaken, Anne* (ebd.), S. 97.

<sup>42</sup> *Jestaedt, Matthias*, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 185, 202.

setzen, wo diese begegnet. Von hier aus erklärt sich also auch das Projekt einer „Strafrechtswissenschaftstheorie“.

### III.

Bei *Michael Pawlik* steht am Anfang aller weiteren Überlegungen die Feststellung, dass im Bekenntnis zum Systemgedanken das Selbstverständnis wenn nicht der Rechts

wissenschaften insgesamt, so doch jedenfalls der Strafrechtswissenschaft liegt: „Jede Verworrenheit und Disharmonie ist Beleidigung der Vernunft, deren höchste Aufgabe für alles, für das Erkennen wie für das Handeln, Übereinstimmung und Einheit ist“, so zitiert er zustimmend den großen Kriminalisten *P.J. Anselm von Feuerbach*.<sup>43</sup> Nur dort – so *Feuerbach* – herrsche das Licht der Wissenschaft, wo die „rohe Masse“ des vorhandenen Rechtsstoffs „zu einem organisierten, mit sich selbst in allen seinen Teilen zusammenstimmenden Ganzen gebildet“ worden sei.<sup>44</sup> Auch die jüngere Strafrechtswissenschaft bekennt sich durchweg – sofern überhaupt noch thematisiert – und mitunter geradezu emphatisch zum Systemdenken, das erst die nötige Einsicht in die inneren Zusammenhänge des (Straf-)Rechts vermittelt, nur dadurch die Rechtsanwendung nachprüfbar (*Wolfgang Frisch*)<sup>45</sup> über Zufall und Willkür heraushebe (*Hans Welzel*)<sup>46</sup> und deshalb geradezu ein „unverzichtbares Element eines rechtsstaatlichen Strafrechts“ sei (*Claus Roxin*).<sup>47</sup> Das *Pawliksche* punctum saliens lautet aber: Die heutige Strafrechtslehre könne diesen hehren Anspruch nicht mehr einlösen, weil die meiste Kraft für das „feinsinnige Ausziselieren“ der strafrechtlichen Dogmatik eingesetzt und der Systembegriff letztlich „mit leichter Hand vergeben“ werde – oder mit anderen Worten: Die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart erschöpfe sich mehr und mehr in Eklektizismus und mache sich nur noch verbaliter „das Prestige des Systembegriffs zunutze, ohne dazu bereit zu sein, sich wissenschaftstheoretischen Ansprüchen auszusetzen, die unter Berufung auf diesen Begriff erhoben werden könnten“.<sup>48</sup> Eine „Strafrechtswissenschaftstheorie“ müsse deshalb sicherstellen, dass die Strafrechtsdogmatik ihrem Anspruch wieder gerecht werde, systematisch-rationale Wissenschaft zu sein: „Strafrechtswissenschaftstheorie ist also nicht selbst Dogmatik in dem Sinne, dass sie Auslegungen des gegebenen Rechtsmaterials produzieren

<sup>43</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 471.

<sup>44</sup> *Feuerbach, Johann Paul Anselm Ritter von*, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, in: *ders.*, Naturrecht und positives Recht (hrsg. von Haney, Gerhard), 1993, S. 76, 104.

<sup>45</sup> *Frisch, Wolfgang*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn 27), S. 159, 162: „...System von Aussagen, das mit seinen vorausgedachten, generalisierenden Problemlösungen (...) eine objektive Kontrolle der Einzelfallentscheidung ermöglicht“.

<sup>46</sup> *Welzel, Hans*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 1.

<sup>47</sup> *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn 57.

<sup>48</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 473.

würde [...]; sie erarbeitet vielmehr die inhaltlichen und methodischen Vorgaben, unter deren Beachtung die Dogmatik operieren muss, um wissenschaftlich ... zu sein<sup>49</sup>.

Soweit, so gut – was folgt nun daraus etwa für die Verbrechenslehre, nach Meinung *Pawliks*? In Anlehnung an den „System“-Begriff bei *Kant*<sup>50</sup> soll am Anfang einer strafrechtswissenschaftstheoretischen Reflexion notwendig die Suche nach einer „leitenden Idee“ stehen, „der die übrigen mannigfaltigen Erkenntnisse ihre Einheit verdanken“<sup>51</sup>. Da der Verbrechensbegriff die materiell-rechtlichen Voraussetzungen in sich trage, unter denen eine Bestrafung überhaupt nur erlaubt sei, lasse sich jener „Anfang“ in der Frage nach der Legitimation hoheitlichen Strafens finden.<sup>52</sup> Zentrales Aufgabenfeld der Strafrechtswissenschaftstheorie sei deshalb das Erarbeiten einer inhaltlich überzeugungskräftigen Strafbegründung. Die hier zu findende „metadogmatische Vorgabe“ habe zwangsläufig Folgen für den Verbrechensbegriff wie auch für dessen Binnenstruktur, mithin für das „Programm zu prüfender Unterscheidungen“<sup>53</sup>; denn die Begriffsbildung auf der „höheren Ebene“ schränke die Variationsmöglichkeiten auf der „unteren Ebene“ ein.<sup>54</sup> Konkret führt das bei *Pawlik* zu einer fundamentalen Kritik am vorherrschenden strafrechtswissenschaftlichen Grundverständnis, das die Aufgabe des (subsidiären)<sup>55</sup> Rechtsgüterschutzes mit einer präventionstheoretischen Strafzwecklehre und dem Gedanken eines *Schuldvorwurfs* an den Täter miteinander zu verbinden sucht;<sup>56</sup> stattdessen begegnet uns bei ihm – mit dem Anspruch strafrechtswissenschaftstheoretischer Notwendigkeit (!) – ein vergeltungstheoretisches Strafbegründungskonzept in neuhegelianischem Gewande („Wiederherstellung des verletzten Rechtsverhältnisses durch demonstrative Schmerzzufügung“)<sup>57</sup>, das sich in einer gesellschaftsvertraglich fundierten Aufgabenstellung des Strafrechts („Stabilisierung des Zustands wechselseitiger Anerkennung der jeweiligen Freiheits- und Achtungsansprüche“)<sup>58</sup> und im Rahmen der dogmatischen Binnenstruktur in eine weitreichende Normativierung der bestehenden Strafrechtsdogmatik, etwa des Handlungs- oder des Vorsatzbegriffs, mündet.<sup>59</sup> Nur so sei sichergestellt, dass die Teil-

<sup>49</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 474.

<sup>50</sup> Vor allem: Kritik der reinen Vernunft; *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*.

<sup>51</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 475.

<sup>52</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 477.

<sup>53</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 486.

<sup>54</sup> *Bleckmann, Frank*, *Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch: Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes*, 2002, S. 58.

<sup>55</sup> Statt vieler nur *Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn 19; *Roxin, Claus* (Fn 47), § 2 Rn 97 ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 480 ff.

<sup>57</sup> Vgl. *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 484 f.; siehe auch *ders.*, in: Behrends/Schumann/Starck (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im Sozialstaat* (Akademie der Wissenschaften zu Göttingen), 2010 [im Erscheinen] sowie ausführlich in: Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 75 ff.

<sup>58</sup> Vgl. *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 485.

<sup>59</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 486 f., 488 ff.



elemente des Verbrechensbegriffs nicht nur für sich, sondern in ihrer Einheit – eben „unter einer leitenden Idee“ – gedacht werden können.

Im hiesigen Kontext interessieren nun nicht diese hier nur knapp wiedergegebenen strafrechtsdogmatischen und straftheoretischen Positionen; vielmehr geht es allein um die Frage, ob dem Ganzen ungeachtet aller unbestreitbaren Stringenz und Eleganz des *Pawlikschen* Systementwurfs auch ein überzeugendes Verständnis von „Strafrechtswissenschaftstheorie“ zugrunde liegt. Ruft man sich nochmals die eingangs skizzierte Aufgabenstellung einer solchen „Meta-Theorie“ in Erinnerung, so zeigt sich unschwer, dass dies nicht der Fall ist, und zwar wenigstens aus drei Gründen: *Erstens* bürdet die dezidierte Zuweisung auch inhaltlicher Festlegungen einer Strafrechtswissenschaftstheorie eindeutig zuviel auf und – schlimmer noch – verunklart damit ihr Anliegen durch Vermischung mit der straftheoretischen Debatte. Gewiss bildet innerhalb dieser Debatte die Unstimmigkeit mit anderen Leitgedanken des Strafrechtssystems ein gewichtiges rechtstheoretisches Argument, und eine künftig entwickelte Strafrechtswissenschaftstheorie kann Strukturen und Regeln bereitstellen, um solche Unverträglichkeiten zu erkennen und Optionen für denkbare Folgerungen aufzuzeigen.<sup>60</sup> Wenn ihr aber darüber hinaus angesonnen würde, aus eigenem Recht eine inhaltlich überzeugungskräftige Strafbegründung zu erarbeiten, so unterschiede sie sich damit in nichts von der schon seit etwa zwei Jahrtausenden andauernden Strafzweckdiskussion, und man fragte sich erstaunt, was denn eigentlich das Neue an dieser Weise und diesem Gegenstand strafrechtswissenschaftlicher Betätigung sein soll – ausgenommen vielleicht den Umstand, dass mit ihrer Hilfe und dem hohen Ideal des kantischen Wissenschaftsbegriffs die eigenen Überzeugungen – etwa von der vergeltungstheoretischen Struktur des Strafzwecks – nunmehr wirkmächtiger präsentiert werden könnten.

Damit sind wir auch schon beim *zweiten* Problem, dem in Anspruch genommenen „System“-Begriff, der bei *Pawlik* augenfällig streng hierarchisch<sup>61</sup> gedacht ist ähnlich *Puchtas* Begriffspyramide, auf der sich bekanntlich von der höchsten Spitze des allgemeinsten Begriffs durch Herabsteigen auf der „Begriffsleiter“ die „Genealogie“ auch aller weiteren Rechtsbegriffe bis zu den „äußersten Sprossen“ am Fuße der Kathedrale verfolgen und entfalten lassen sollte.<sup>62</sup> Offenbar übt somit das scientistische Wissenschaftsverständnis am Leitbild der „exakten Wissenschaften“ noch immer seine Faszination aus. Die methodologischen und rechtstheoretischen Debatten des letzten Jahrhunderts sollten jedoch hinreichend vor Augen geführt haben, dass einer „verstehenden Wissenschaft“<sup>63</sup> ein solches

<sup>60</sup> Vgl. zu dieser Aufgabe der Rechtswissenschaft auch *Mastronardi, Philippe* (Fn 39), S. 38, 57 f.

<sup>61</sup> *Ralf Poscher* spricht anschaulich – mit Bezug auf *Pawlik* – von einer „Kathedrale des strafrechtlichen Systems“ mit der Straftheorie als deren „platonischer Sonne“, vgl. in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn 18), S. 105 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Puchta, Georg Friedrich*, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk, 1841, S. 35 E., 101; im Überblick zu *Puchtas* „Genealogie der Begriffe“: *Larenz, Karl*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*, 6. Aufl. 1991, S. 19 ff.

<sup>63</sup> *Grundlegend Radbruch, Gustav*, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, S. 118 f.: „Rechtswissenschaft ist verstehende Kulturwissenschaft“.

„Gängelband“<sup>64</sup> – vorsichtig gesagt – nicht hinreichend adäquat erscheint, dass mit anderen Worten durchaus ganz andere Methoden der rationalen Erkenntnisgewinnung vorstellbar sind, die es nicht verdienen, ab ovo als „defizitär“ abqualifiziert zu werden.<sup>65</sup> Systementwürfe der strengen Art sind bekanntlich unweigerlich zu voraussetzungsarme und gleichzeitig zu folgenreiche Emanationen einer leicht zur Hybris neigenden menschlichen „Vernunft“.<sup>66</sup> Inwieweit der Systemgedanke gleichwohl einer (straf-)rechtswissenschaftlichen Bearbeitung des Rechtsstoffes angemessen sein kann, ist nicht einfach vorgegeben, sondern bedarf erst der (straf-)rechtswissenschafts-theoretischen Aufklärung und Begründung.<sup>67</sup>

*Drittens* schließlich erscheint auch die Verabsolutierung der deduktiven Methode mehr als fragwürdig, und zwar schon aus dem skizzierten Selbstverständnis einer Strafrechtswissenschaftstheorie: Denn wenn es darum geht, die *Binnenperspektive* der jeweiligen Teilrechtswissenschaft systematisch aufzuhellen und zu analysieren, so kann dies wohl kaum auf einer „Einbahnstraße“ durch Anbringen gleichsam eines Selektionsfilters „von außen nach innen“ gelingen. Die schon erwähnte Tendenz zur „Über-Normativierung“<sup>68</sup> hängt damit unmittelbar zusammen und bringt die Rechtswissenschaften in Gefahr, ihre ureigenste Sinnggebung als praktische Wissenschaften dadurch zu verfehlen, dass ihre Begriffe die Verbindung zur Lebenswelt vollständig kappen und durch ihren leerformelartigen Charakter (z.B. „Sorgfaltspflichtverletzung“<sup>69</sup>) der beliebigen Ausfüllung durch die Spezialisten des Rechtsapparats offen stehen. In diesem Lichte überrascht es nicht mehr, wenn *Pawlik* als eine Konsequenz seiner strafrechtswissenschaftstheoretischen Überlegungen eine Neukonzeption des Verbrechensbegriffs aus der Perspektive nunmehr des „zur Sanktionsverhängung ermächtigten Amtsträgers“ und nicht mehr wie bisher aus der Perspektive des Bürgers in seinem jeweiligen Handlungsraum herausstellt.<sup>70</sup> Gerade das Strafrecht stützt doch aber seinen legitimierenden Anspruch ganz fundamental auf die Feststellung täterindividueller Vermeidbarkeit des strafwürdigen Unrechts kraft gesetzestörmlicher Publizität (Art. 103 II GG, § 1

<sup>64</sup> Treffend *Jestaedt, Matthias* (Fn 10), S. 81.

<sup>65</sup> Zuletzt dazu eindringlich *Hassemer, Winfried*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: *ders.*, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 119, 125 ff.; zum typologischen Denken vgl. *Duttge, Gunnar*, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 11 (2003), S. 103 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Emge, Carl August*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1955, S. 378; zustimmend *Engisch, Karl*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, S. 88, 120 f.

<sup>67</sup> Wie hier auch schon *Lepsius, Oliver*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Fn 18), S. 41.

<sup>68</sup> Siehe o. bei Fn 59.

<sup>69</sup> Zur Kontroverse zwischen einem dezidiert normativen und einem stärker „realistischen Fahrlässigkeitsbegriff“ vgl. *Duttge, Gunnar*, GA 2003, 451 ff.; zuletzt *ders.*, Comparative Law Review (jap.) 2009 (Vol. 43), No. 2, S. 21ff.; zur (halben oder konsequenten) „Personalisierung“ der Unrechtslehre vgl. *ders.*, in: Jehle, Jörg-Martin/Lipp, Volker/Yamanaka, Keichi (Hrsg.), Rezeption und Reform im deutschen und japanischen Recht. Zweites Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen – Kansai, 2008, S. 195 ff.; *ders.*, in: Benakis-FS 2008, S. 953 ff.; *ders.*, in: Maiwald-FS 2010, S. 133ff.

<sup>70</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 477 Anm. 54.

StGB) und kann deshalb bei der systematisch-analytischen Ermittlung von Unrecht und Schuld den Bezugspunkt und Gegenstand seiner Bewertung nicht einfach übergehen. Beispielhaft benannt: Das Strafrecht vermag eben auf Dauer auch bei noch so geschickter „Vermeidestrategie“<sup>71</sup> dem unangenehmen und am liebsten ganz und gar ignorierten<sup>72</sup> Problem menschlicher „Willensfreiheit“ nicht zu entgehen!

#### IV.

Wie könnte nun aber eine bessere Alternative aussehen, womit müsste sich eine Strafrechtswissenschaftstheorie im vorstehenden Sinne befassen, mithin jenseits der Behandlung strafrechtsdogmatischer Fragen und auch jenseits von substantiellen Festlegungen hinsichtlich einer „leitenden Idee“<sup>73</sup> im Rahmen der Debatte zur Legitimation von Kriminalstrafe? Die bisherigen Überlegungen in Richtung einer das Wirken der Strafrechtswissenschaft kritisch beobachtenden und begleitenden „Reflexionsdisziplin“ lässt im Sinne einer ersten Annäherung unschwer das Erfordernis der „Wissenschaftlichkeit“ als zentrales Problem vor Augen treten. Da es einen vorgegebenen, anerkannten „Standard“ hierfür, wenn man die Unangemessenheit des aristotelischen Wissenschaftsbegriffs<sup>74</sup> einmal akzeptiert hat, bekanntlich nicht gibt und die allgemeine Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaften daher nur eine Antwort gäbe auf den jeweils verwendeten Begriff von „Wissenschaft“,<sup>75</sup> ist es Aufgabe der (Teil-)Rechtswissenschaften, die nach dem eigenen Selbstverständnis<sup>76</sup> für unabdingbar gehaltenen methodischen Anforderungen systematisch zu entwickeln, bei deren Beachtung danach von einer „planmäßigen, auf die Gewinnung von Erkenntnissen gerichteten Tätigkeit“<sup>77</sup> legetis gesprochen werden darf. Dabei ist keineswegs ausgemacht, ob nicht bei vertiefter Reflexion der jeweiligen Binnenrationalitäten neben bekannten, gebietsübergreifenden Einsichten wie etwa die der juristischen Argumentationslehre oder der

---

<sup>71</sup> Zu den verschiedenen – zum Teil stark normativierenden – Schuldbegriffen im Kontext der Willensfreiheitsproblematik näher *Duttge, Gunnar*, in: *ders.* (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn. Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht* (Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften), 2009.

<sup>72</sup> In diesem Sinne die Aufforderung *Winfried Hassemers* in seinem Vortrag v. 22.5.2009 zum Thema „Grenzen des Wissens im Strafprozess“ anlässlich der Strafrechtslehrertagung 2009: man möge „den Sirenenklängen der Hirnforscher widerstehen“ (siehe auch *Oliver Tolmein*, FAZ v. 27.5.2009, S. N4).

<sup>73</sup> *Pawlik, Michael* (Fn 25), S. 469, 475 ff.

<sup>74</sup> *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* (hrsg. von Günther Bien), Buch VI, 1139b: „Der Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis hat also den Charakter der Notwendigkeit. Das heißt, er ist ewig“.

<sup>75</sup> Treffend *Neumann, Ulfrid*, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemmer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl. 2004, S. 385 f.

<sup>76</sup> Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft bereits *Dreier, Ralf*, *Rechtstheorie* 2 (1971), S. 37 ff.

<sup>77</sup> *Larenz* (Fn 62), S. 6.

juristischen Hermeneutik<sup>78</sup> auch spezifische, nur eine Teilrechtswissenschaft betreffende Notwendigkeiten zutage treten. Die gesetzlich vorgegebene striktere Gesetzesbindung bei der „Anwendung“ von Strafrecht wurde schon erwähnt<sup>79</sup>; sie verpflichtet – wie *Loos* mit Recht betont hat – „die Strafrechtsdogmatik als eine Wissenschaft, die Vorschläge zur richterlichen Rechtsanwendung macht, prinzipiell zum Gesetzespositivismus“<sup>80</sup>. Welche Folgerungen sich hieraus allerdings im Einzelnen ergeben, etwa für die Anerkennung einer „teleologischen Auslegungsmethode“ im Strafrecht, ist – von singulären Vorstudien abgesehen<sup>81</sup> – noch reichlich unklar. Dass hier ein gravierendes Defizit der Strafrechtswissenschaft als Wissenschaft und somit ein immenses Betätigungsfeld für strafrechtswissenschaftstheoretische Arbeit besteht, ließe sich leicht an einer Vielzahl ihrer eigenen Interpretationsvorschläge zu konkreten Auslegungsproblemen belegen, die sich teilweise weit, mitunter bis nahe zum offenen Ungehorsam, von den gesetzlichen Vorgaben entfernen; erwähnt seien bei einer freilich höchst subjektiven Auswahl nur die zur Begrenzung des Unterschlagungstatbestandes vertretenen „Gewahrsamstheorien“,<sup>82</sup> der „subjektive Lösungsansatz“ zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ i.S.v. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB („Lehre vom Verwendungsvorbehalt“)<sup>83</sup> oder die ältere, erst unlängst vom BVerfG<sup>84</sup> korrigierte Rspr. des BGH zum unvorsätzlichen „Sich-Entfernen“ vom Unfallort (§ 142 II Nr. 2 StGB).<sup>85</sup> Selbstredend fällt die Strafrechtswissenschaft, wenn sie selbst über keine ansatzweise konsentierten Vorstellungen über das konkrete Ausmaß der Gesetzesbindung verfügt, auch als kritische Instanz gegenüber der Rspr. des BGH aus, der in methodischer Hinsicht augenscheinlich nicht einmal ansatzweise über eine Orientierung bzw. den Willen zur „Gesetzestreue“ verfügt.<sup>86</sup>

In der Frage der „Systembildung“ dürfte zweifelsohne ein weiterer Schwerpunkt strafrechtswissenschaftstheoretischer Analyse liegen. Damit verbindet sich

<sup>78</sup> Grundlegend sind hierzu die Beiträge in Beiheft 1 der Rechtstheorie (Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979); weiterhin etwa *Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode, Gesammelte Werke Bd. I, 1990, S. 330 ff.; *Hassmer, Winfried*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 106 ff.; *Hruschka, Joachim*, Verstehen von Rechtstexten, 1972, S. 10 ff.; *Arthur Kaufmann*, Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Über Gerechtigkeit, 1993, S. 481, 492 ff.; *Neumann, Ulfried*, in: Kaufmann/Hassmer/Neumann (Fn 75), S. 333 ff.; *Schroth, Ulrich* (ebd.), S. 270 ff., jew. m.w.N.

<sup>79</sup> Oben bei Fn 5.

<sup>80</sup> *Loos, Fritz* (Fn 4), S. 156.

<sup>81</sup> Kritisch zur „teleologischen Gesetzesauslegung“ *Herzberg, Rolf Dietrich*, NJW 1990, 2525 ff.; JuS 2005, 1 ff.

<sup>82</sup> Zur Kritik vgl. *Duttge, Gunnar*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2008, § 246 Rn 14 m.w.N.; s. auch *Schulz, Joachim*, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 136, 145: „Einige Vorschläge zum neugefassten § 246 StGB [...] plädieren unter dem Mantel der Auslegung ungeniert für eine Handhabung, als gälte noch die alte Fassung“.

<sup>83</sup> Dazu m.w.N. *Duttge, Gunnar* (Fn 82), § 244 Rn 8 ff.; zuletzt wieder stärker objektivierend: BGH StV 2008, 411 m. Bspr. *Krieger, Matthias*, JA 2009, 190 ff.

<sup>84</sup> NJW 2007, 1666 ff.

<sup>85</sup> Vgl. BGHSt 28, 129 ff.; krit. aus der Lehre u.a. auch *Loos/Schwerdtfeger*, DAR 1983, 209, 213 f.

<sup>86</sup> Dazu mit zahlreichen Belegen: *Duttge, Gunnar*, in: Krug-FS 2010, S. 39.

heute freilich weniger die Vorstellung von einem „äußerlichen System“, mag es auf „reinen Grundbegriffen“ (z.B. *Rudolf Stammler*, *Hans Kelsen*) oder auf Ordnungsbegriffen des Gesetzes (*Philipp Heck*) beruhen;<sup>87</sup> vielmehr gilt alles Bemühen dem schöpferischen Aufweis einer „axiologischen oder teleologischen Ordnung“, d.h. der „wertungsmäßigen Folgerichtigkeit und inneren Einheit des Rechts“ (*Claus-Wilhelm Canaris*), damit sich (Straf-)Rechtswissenschaft nicht unreflektiert der „Schwerkraft des ... Konsequenzdenkens“ überlässt.<sup>88</sup> Wird die begrenzte Funktion und u.U. Veränderbarkeit eines dogmatischen Systems nicht beachtet, kann die Verabsolutierung solcherart struktureller Klassifizierungen leicht zu einem kaum überwindbaren Hindernis für das Erzielen sachgerechter Bewertungen werden; im strafrechtlichen Kontext mag hierfür als Exempel das Festhalten an einem tatbestandsbezogen „objektiven“ (i.S.v. generalisierenden) Fahrlässigkeitsbegriff (trotz grundsätzlicher Anerkennung eines „personalen Unrechts“) oder die Kategorie des „rechtsfreien Raumes“ dienen, mit deren Hilfe sich Strafrechtsdogmatik geradezu gewalttätig wieder aus den selbst angelegten Fesseln zu befreien sucht. Das System darf also dem Recht nicht „wie ein Netz übergeworfen werden, unter dem jede Bewegung“ erstirbt (*Karl Engisch*)<sup>89</sup>. Im Gegensatz zu einer möglicherweise „systemkritischeren“ Haltung insbesondere des Öffentlichen Rechts<sup>90</sup> wird sich die Strafrechtswissenschaft aber, auf die Grundfragen ihres Gegenstandes bezogen („Allgemeiner Teil“), sicherlich auch weiterhin – ungeachtet mancher Zuordnungsprobleme im Detail – auf die tradierte, dogmengeschichtlich lange Zeit im Mittelpunkt stehende<sup>91</sup> und auch im internationalen Kontext vielbeachtete Systematik („Grammatik“) von zu differenzierenden Wertungsstufen (im Kern: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) stützen, durch die eine gleichmäßige, die Ausübung strafender Staatsgewalt begrenzende und alle wesentlichen Wertaspekte auf differenzierende Weise einbeziehende Anwendung von Strafrecht ermöglicht wird.<sup>92</sup> Dies gilt um so mehr, als der Gesetzgeber einige der zunächst allein strafrechtsdogmatisch erarbeiteten Lösungsansätze aufgegriffen hat; die Vorschrift zum Verbotsirrtum (§ 17 StGB) mag hierfür als besonders eindrucksvoller Beleg ausreichen.<sup>93</sup> Und auch in die Rechtsprechung finden strafrechtswissenschaftliche Einsichten mitunter – wenn auch regelmäßig erst mit einiger Verzögerung – Eingang, so etwa zum Zurechnungsausschluss aufgrund eigenverantwort-

---

<sup>87</sup> Grdl. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 19 ff.

<sup>88</sup> *Jestaedt, Matthias*, in: Das mag in der Theorie richtig sein... (Fn 10), S. 83.

<sup>89</sup> In: Sinn und Tragweite juristischer Systematik (Fn 66), S. 122.

<sup>90</sup> Ausweislich der sehr zurückhaltend-skeptischen Stellungnahmen von *Jestaedt* (Fn 10), S. 81 ff. und *Lepsius* (Fn 18), S. 36 ff., 41.

<sup>91</sup> Zur „Entwicklung der Gliederung der Straftat“ näher *Schroeder, Friedrich-Christian*, in: *ders.*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 105 ff.; siehe auch *Welzel, Hans*, JuS 1966, 421 ff.

<sup>92</sup> *Roxin, Claus* (Fn 47), § 7 Rn 39, 41; *Schünemann, Bernd*, in: Herzberg-FS 2008, S. 39, 40.

<sup>93</sup> Siehe etwa *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 17 Rn 1: Bestätigung der „Schuldtheorie“ und Ablehnung der „Vorsatztheorie“.

licher Selbstgefährdung des Opfers.<sup>94</sup> Im Ganzen ist das strafrechtliche System, wie etwa auch sein Umbau vor allem in der Folge der finalen Handlungslehre belegt, längst keine äußerliche mehr, sondern „materialisiert“: Es setzt – mit *Wolfgang Frisch* – „ausgearbeitete Theorien zum Wesen einer Straftat und zur legitimen Qualifikation eines Geschehens als Straftat voraus – Theorien, in denen Unrecht und Schuld, Handlung und Zurechnung als unabdingbare Voraussetzungen einer Straftat erkannt und begründet sind“<sup>95</sup>.

In diesem Lichte muss es auch weiterhin das vorrangige Ziel der Strafrechtswissenschaft sein, sich nicht eklektizistisch in der Behandlung von Einzelfragen zu erschöpfen, sondern bei ihren Interpretations- und Lösungsvorschlägen stets auch das strafrechtsdogmatische Gesamtsystem im Blick zu behalten. Bekanntlich gewinnt erst vor diesem Hintergrund die Diskussion um den sog. Erlaubnistatbestandsirrtum ihren noch immer ungebrochen fortwirkenden Reiz.<sup>96</sup> Als abschreckendes Gegenbeispiel einer systemabstinenten, nur isoliert je auf Einzeltopoi blickenden Betrachtungsweise kann das jüngst ergangene Urteil des 4. Strafsenats im „Autoraser“-Fall zur Problematik der sog. „einverständlichen Fremdgefährdung“ gelten:<sup>97</sup> Gewiss ist noch längst nicht ausgemacht, unter welchen Voraussetzungen und in welchem rechtsdogmatischen Gewand die wissende Mitwirkung des Opfers an dem risikoträchtigen Geschehen den (naturgesetzlichen) Verursacher der Schädigung möglicherweise entlasten kann.<sup>98</sup> Gewiss muss es deshalb auch als Ausdruck besonderer Sorgfalt angesehen werden, wenn die Frage einer evtl. Entlastung des Fremdschädigers unter allen denkbaren Gesichtspunkten wie insbesondere des Zurechnungszusammenhangs (auf Tatbestands-) *und* der Einwilligung (auf Rechtfertigungsebene) geprüft wird. Nur eines darf dabei nicht aus dem Blick geraten: Es handelt sich stets um ein und dieselbe Sachfrage, für die man deshalb nicht ohne Selbstwiderspruch mehrere dogmatische Kategorien – noch dazu mit jeweils unterschiedlichen Grenzkriterien – gleichzeitig für möglicherweise relevant erklären kann. So aber der 4. Senat: Er sieht das Sachproblem einerseits grundsätzlich als ein solches der Erfolgszurechnung und hält es insoweit für möglich, dass die einverständliche Fremdgefährdung unter nicht weiter genannten Umständen ausnahmsweise der – hiervon eigentlich abzugrenzenden – tatbestandsausschließenden eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichstehen könne.<sup>99</sup> Andererseits wertet er das Opferverhalten zugleich als Ausdruck einer rechtfertigenden Einwilli-

<sup>94</sup> Vgl. BGHSt 24, 342 ff.; 32, 262 ff.; BGH NSStZ 1985, 25 f.; 1987, 406; NJW 2000, 2286, 2287.

<sup>95</sup> *Frisch, Wolfgang*, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 156, 166.

<sup>96</sup> Zuletzt: *Heuchemer, Michael*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005; *Hirsch, Hans Joachim*, in: Schroeder-FS 2006, S. 223; *Koriath, Heinz*, in: E. Müller-FS 2008, S. 357; *Schünemann, Bernd/Greco, Luis*, GA 2006, 776.

<sup>97</sup> BGH NSStZ 2008, 148 ff. m. krit. Anm. *Duttge*, NSStZ 2009, 690 ff.

<sup>98</sup> Vgl. zuletzt etwa *Beulke, Werner*, in: Otto-FS 2007, S. 207 ff.; *Duttge, Gunnar*, in: Otto-FS 2007, S. 219 ff.

<sup>99</sup> So vor allem die Lehre *Roxins*, siehe: Strafrecht AT (Fn 47), § 11 Rn 121 ff.; zustimmend *Hellmann, Uwe*, in: Roxin-FS 2001, S. 271 ff.

gung, die normativ bis zur Grenze der „guten Sitten“ (§ 228 StGB) beachtlich sei. Nur weil diese Grenze mit der neueren Rspr. bei absehbarer „konkreter Todesgefahr“ überschritten werde,<sup>100</sup> trage bei solch hohen Risiken von Rechts wegen nicht das Opfer, sondern der Fremdschädiger die Verantwortung für den eingetretenen Erfolg. Wie dies aber wiederum mit der Disponibilität über den eigenen Körper etwa bei Zustimmung in eine riskante Operation vereinbar sein soll, wird bis auf weiteres das Geheimnis des BGH bleiben.

Was im Kleinen gilt, beansprucht auch für das Große Gültigkeit: So greift es gleichermaßen zu kurz, einzelne dogmatische Rechtsfiguren und Rechtsfragen nur für sich zu betrachten, ohne deren Einbettung in ein übergreifendes (Teil-)System mit zu bedenken. Gerade in letzterem liegt traditionell die Stärke der deutschen Strafrechtswissenschaft, die mindestens ein Jahrhundert lang mit größter Intensität um ein in sich stimmiges, differenziertes Straftatsystem gerungen hat.<sup>101</sup> Dabei war sie ersichtlich durchdrungen von einer großen Idee, die der spanische Strafrechtslehrer *Gimbernat Ordeig* in der folgenden Weise auf den Punkt gebracht hat: „Indem die Strafrechtsdogmatik Grenzen setzt und Begriffe bildet, ermöglicht sie eine sichere und berechenbare Anwendung des Strafrechts und entzieht es der Irrationalität, der Willkürlichkeit und der Improvisation. Je ärmer die Entwicklung einer Dogmatik, desto unvorsehbarer die Entscheidungen der Gerichte [...]. Und je mehr die dogmatische Entwicklung zurückbleibt, desto mehr wächst diese Lotterieangelegenheit [...]“<sup>102</sup>. Immer deutlicher ist jedoch eine Klage zu vernehmen, die in den 1990er Jahren bereits *Bernd Schönemann* angestimmt hat: dass nämlich die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart „eine nicht abreißende Kette wechselnder, bald gegenläufiger und bald im Kreise laufender Wertsignale“ produziere und insgesamt ein „verwirrendes Bild der (...) einander überkreuzenden Konzepte und Argumente, Ableitungen und Methoden, Perspektiven und Positionen“ biete, so dass ihre Aussagen in ihrer Gesamtheit „zur völligen Beliebigkeit hin tendieren“<sup>103</sup>. Diese augenfällige Entwicklung lässt sich wohl nicht allein nur mit der unvermeidlichen „Kluft zwischen kollektiver und individueller Rationalität“<sup>104</sup> erklären; die Zerfaserung des Gesamtbildes könnte vielmehr auch durch eine deutliche Verlagerung und Neuakzentuierung der Forschungsinteressen bedingt sein in dem Sinne, dass die Straftatsystematik heute nicht mehr an oberster Stelle steht. Selbst wenn man aber das eigentlich Wissenschaftliche der (Straf-) Rechtswissenschaft nicht ausschließlich im Systemdenken oder gar im Konstruieren von und ständigen Feilen an „Großsystemen“ erkennen will, ist der mögliche Verlust gleichwohl mit Händen zu greifen, würde das Bemühen um ein konsistentes Straftatsystem – sei

---

<sup>100</sup> BGHSt 49, 34 ff.; 49, 166 ff.

<sup>101</sup> Die wesentlichen Stationen finden sich zuverlässig nachgezeichnet bei *Claus Roxin* (Fn 47), § 7 Rn 12 ff.; grundlegend auch *Schönemann, Bernd* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984.

<sup>102</sup> *Gimbernat Ordeig, Enrique* ZStW 82 (1970), 379, 405 f.

<sup>103</sup> *Schönemann, Bernd*, GA 1995, 201, 221 f.

<sup>104</sup> *Burkhardt, Björn* (Fn 27), S. 111, 136.

es durch Beseitigung der bestehenden Brüche<sup>105</sup> oder radikaler durch Entwerfen völlig neuer Straftatsysteme<sup>106</sup> – demnächst eingestellt. Die mögliche Sorge vor zu großer systembedingter Enge und Einseitigkeit der Betrachtung lässt sich leicht entkräften: Anstelle eines axiomatisch-deduktiven Systems, ausgerichtet auf einen einzigen, „archimedischen Punkt“, dürfte sich für das spezifische Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaften<sup>107</sup> inzwischen die Vorzugswürdigkeit eines „offenen“ und „beweglich-dynamischen“ Systems<sup>108</sup> erwiesen haben, das auf mittlerer Abstraktionsebene ein Nebeneinander mehrerer Leitprinzipien kennt.<sup>109</sup> Systemdenken und Topik verlieren dadurch den ihnen zugeschriebenen Charakter eines unversöhnlichen Gegensatzes und geraten in ein fruchtbares Ergänzungsverhältnis, ebenso wie in methodischer Hinsicht weder allein mit der deduktiven noch ausschließlich mit der induktiven Vorgehensweise auszukommen ist.<sup>110</sup> Eine Strafrechtswissenschaftstheorie hätte dabei noch näher zu untersuchen, ob und inwieweit die ihr immanente Aufgabe eines „Qualitätsmanagements“ für strafrechtswissenschaftliches Arbeiten bei aller Hochschätzung der Forschungsfreiheit (Art. 5 III GG) die *allgemeine wissenschaftstheoretische Empfehlung* eines ständigen „Blickwechsels“ zwischen Abstraktem und Konkretem<sup>111</sup> als Kern einer „good juridical practise“<sup>112</sup> auch für die jeweilige Forscherbiographie tragen könnte.<sup>113</sup>

Ein dritter, nicht weniger bedeutsamer Schwerpunkt (straf-)rechtswissenschaftstheoretischer Befassung sei abschließend noch erwähnt: Die fortschreitende Ausdifferenzierung der Wissenschaften als Teil der sich immer weiter ausdifferenzierenden Gesellschaft wirft zwangsläufig die Frage nach dem Verhältnis der Rechtswissenschaften zu den anderen Wissenschaften auf, insbesondere zu den

<sup>105</sup> Zur verkürzten „Personalisierung“ des vorherrschenden Verständnisses einer „personalen Unrechtslehre“ vgl. *Duttge, Gunnar*, in: Benakis-FS 2008, S. 155 ff.

<sup>106</sup> In diesem Sinne das ausgearbeitete Konzept von *Wolter, Jürgen*, in: GA-FS 1993, S. 269 ff.

<sup>107</sup> Dazu näher *Frisch, Wolfgang* (Fn 95), insbes. S. 167 f., 182.

<sup>108</sup> Grundlegend *Canaris, Claus-Wilhelm* (Fn 87), S. 26, 61 ff., 74 ff., 160.

<sup>109</sup> Vgl. *Schünemann, Bernd*, in: Herzberg-FS 2008, S. 39, 41.

<sup>110</sup> Siehe z.B. *Arthur Kaufmann*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in: *ders.*, Über Gerechtigkeit, 1993, S. 259, 261.

<sup>111</sup> In Anlehnung an das bekannte Bild *Karl Engischs* vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ (*Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. 1963, S. 14 f., 19).

<sup>112</sup> In Anlehnung an die Regeln der „good clinical practise“ (GCP) für die Durchführung klinischer Arzneimittelstudien, vgl. EMEA, ICH Topic E 6 (R1) Guideline for Good Clinical Practice (CPMP/ICH/135/95); EG-Richtlinie 2001/20/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis ...; GCP-Verordnung v. 09.08.2004 (BGBl. I, S. 2081).

<sup>113</sup> Um nicht missverstanden zu werden: Gewiss haben alle Mitglieder der Forschergemeinde das gute Recht, über mögliche Themen und Wege zu deren Behandlung kraft ihrer wissenschaftlichen Expertise selbst in eigener Verantwortung zu befinden; das bedeutet aber keineswegs, dass zwischen hochwertiger und weniger qualitätvoller Wissenschaft nicht mehr unterschieden werden dürfte, was anhand ungeschriebener Regeln und Konventionen innerhalb des Wissenschaftsbetriebs durchaus auch geschieht; zu wenig anspruchsvoll m.E. daher *Hassemer*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn 27), S. 21, 25: „nur was sich in der Bearbeitung eines Einzelfalls erschöpft, sollte unter Juristen nicht »Wissenschaft« genannt werden“.



Sozialwissenschaften und zur Philosophie, aber etwa auch zur Psychologie oder Ökonomie, oder allgemein formuliert: nach den methodischen Anforderungen an eine „gute“ Interdisziplinarität. So verfügt doch die Rechtswissenschaft über kein „Beschäftigungs- und Reflexionsmonopol in Sachen »Recht«.“<sup>114</sup> Dieser Pluralismus unterschiedlichster Perspektiven auf das Recht oder auf rechtsrelevante Gegebenheiten konfrontiert die Rechtswissenschaften mit dem komplexen Problem, wie sie mit den konkurrierenden Autonomieansprüchen der anderen Wissenschaftsdisziplinen auf der Ebene prinzipieller Gleichrangigkeit ohne Vernachlässigung ihres eigenen Deutungs- und Regelungsanspruchs umgehen soll. Die Versuchung liegt nahe, in dieser Situation den leichtesten Weg zu nehmen und die eigenen Rationalitäten durch weitreichende „Normativierung“ zu immunisieren. Mit einer solchen „Politik der Abschottung“ würde allerdings der eigene Richtigkeits- und – auf dieser Grundlage – zugleich der Steuerungsanspruch gegenüber der gesellschaftlichen Wirklichkeit untergraben und damit letztlich das Selbstverständnis einer auf praktische Relevanz angelegten Wissenschaft preisgegeben. In den treffenden Worten *Winfried Hassemers*: „Eine Wissenschaft, die Sätze über Beobachtungen als wissenschaftlich zulässt, geht damit Verbindlichkeiten ein; sie muss jedenfalls Standards akzeptabler Beobachtung behaupten und begründen und [...] sich zu den anderen Wissenschaften konstruktiv in ein Verhältnis setzen; leistet sie das nicht, so hat sie im Gesamt der Wissenschaften einer bestimmten Kultur und einer bestimmten Zeit keinen Ort und keine Orientierung, weiß sie wissenschaftlich nichts von sich [...]“<sup>115</sup>.

Daraus folgt: Unbestreitbar ist es im Ausgangs- und Endpunkt allein Sache der Rechtswissenschaften, kraft ihrer auf eine spezifische Normativität gerichteten Expertise darüber zu befinden, welche Aspekte nicht-rechtlicher (z.B. gesellschaftlicher, philosophischer, psychologischer, medizinischer) Natur überhaupt von rechtlicher Bedeutung sind. Insoweit gilt die klare Devise *Wolfgang Frischs*, dass sozialwissenschaftlichen, empirischen oder naturwissenschaftlichen Erkenntnissen „im Kontext der Ausformung von Recht nicht schon deshalb Relevanz zukommt, weil sie in ihren Disziplinen anerkannt sind“<sup>116</sup>. Vielmehr wirkt Rechtswissenschaft insoweit – wie jede Wissenschaft – in einem Raum der Autonomie, für dessen Zutritt nur sie über den passenden „Schlüssel“ verfügt, und hat deshalb das denkbar stärkste Recht, anmaßende „Rechts“-Interpretationen anderer Wissenschaften entschieden zurückzuweisen. So beurteilt sich etwa die Abgrenzung zwischen verbotener „aktiver Sterbehilfe“ und u.U. erlaubter Therapiebegrenzung („passive Sterbehilfe“) nicht nach den Vorstellungen der Medizin<sup>117</sup>, mögen diese nach dem ei-

---

<sup>114</sup> Treffend *Jestaedt, Matthias*, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 185, 190.

<sup>115</sup> *Hassemer, Winfried*, in: Eser-FS 2005, S. 115, 132.

<sup>116</sup> *Frisch, Wolfgang* (Fn 95), 156, 183.

<sup>117</sup> Die Medizin neigt zu der – juristisch irrelevanten – Differenzierung zwischen einem (nach eigenem Selbstverständnis weniger problematischen) anfänglichen („primären“) Verzicht („withholding“) und einer (vermeintlich problematischeren) erst späteren Beendigung/Reduktion der lebenserhaltenden Behandlung („withdrawing“, „sekundärer Therapieverzicht“), weitere Nachw. dazu

genen Ethos auch noch so sehr begründet sein,<sup>118</sup> und finden sich etwa auch die „Maßstäbe“ für Grund und Reichweite einer (straf-)rechtlichen Inverantwortungnahme mitnichten in den experimentell und durch Bildbeobachtung gewonnenen Erkenntnissen „der Hirnforschung“<sup>119</sup>, sondern in letzter Konsequenz aus den Zwecksetzungen und Anforderungen des (Straf-)Rechts. Soweit der Schuldbegriff des Strafrechts somit nach Einschätzung und Festlegung der hierfür allein zuständigen Wissenschaft auf ein empirisches Fundament verzichten kann, sind die Einsichten der empirischen Wissenschaften einschließlich der Neurobiologie und -psychologie für das Recht belanglos.

An dieser Stelle kommt allerdings noch etwas Zweites, gerne Übersehenes hinzu, das erst das Dilemma begründet, dem rechtswissenschaftliches Tun heute ausgesetzt ist: Der nach eigenem Selbstverständnis unverzichtbare „Praxisbezug“ sowie der hiermit verbundene Wahrheitsanspruch hinsichtlich der lebensweltlichen Gegebenheiten als Voraussetzung für die „Richtigkeit“ der hierauf bezogenen Rechtsentscheidungen<sup>120</sup> stehen einer *willkürlichen* Festsetzung von „normativer Relevanz“ entgegen. Plakativ formuliert: Das Recht mag der Erde verbieten, sich weiter um die Sonne zu drehen, oder in der Hand eines totalitären Regimes allen Frauen gebieten, zum Wohle des erwünschten Bevölkerungswachstums ihre Kinder bereits nach sechs Monaten zu gebären:<sup>121</sup> Seinen Anspruch auf praktische Geltung und Akzeptanz hätte es damit restlos verspielt. Nicht anders liegt es, wenn unrealistische Anforderungen an die Vermeidefähigkeit eines potentiellen Fahrlässigkeitstäters gestellt werden.<sup>122</sup> Stets ist es also die eigene Grundhaltung und die daraus erwachsende normative Setzung im Ausgangspunkt, die u.U. die Beachtung und Einbeziehung gesicherter Einsichten anderer Wissenschaften erzwingt, sei es durch Sich-Zueigen-Machen der rechtsfremden Erkenntnisse kraft eigener Sachkunde oder durch vollständige Delegation des betreffenden Teilaspekts an die hierfür zuständige und zur Beurteilung mutmaßlich weit befähigtere Fachdisziplin. Beide Verfahrenweisen haben ihre Tücken und Risiken, erstere wegen der durchaus realen Versuchung einer überschießenden Kompetenzanmaßung durch das Recht (wie sie z.B. dem Strafrecht schon seit langem von der Kriminologie vorgehalten

---

bei Verrel, Torsten, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag 2006, C 54.

<sup>118</sup> Das (kollektive oder individuelle) „ärztliche Gewissen“ berechtigt allein zur Verweigerung der eigenen Mitwirkung.

<sup>119</sup> So aber schon der anmaßende Buchtitel des von *Grün/Friedman/Roth* herausgegebenen Sammelbandes: „Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht“, 2008.

<sup>120</sup> Pointiert *Hassemer, Winfried*, in: Eser-FS 2005, S. 115, 123: „Gerechtigkeit verwirklicht sich, wie man so schön sagt; sie vollzieht sich und erweist sich an Menschen und in Situationen. Gerechtigkeit braucht also Wahrheit, setzt Empirie voraus“.

<sup>121</sup> Beispiel nach *Hilgendorf, Eric*, in: Lampe-FS 2003, S. 285, 299.

<sup>122</sup> Zur Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs und zur Einbeziehung der Kognitionspsychologie näher *Duttge, Gunnar*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. I, 2003, § 15 Rn 94 ff., 120 ff.; *ders.*, in: Loos/Jehle (Fn 4), S. 167 ff.

wird)<sup>123</sup>, zweitgenannte aufgrund der damit unvermeidlich einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenspiel von empirischen und rechtlichen Aspekten, durch die der Regelungsanspruch des Rechts (sei es infolge einer Kompetenzzanmaßung nun der anderen Disziplin oder einer „freiwilligen“ Preisgabe der rechtlichen Kompetenz im Übermaß) tendenziell gefährdet wird.<sup>124</sup> Die sich in schwierigen prozessrechtlichen Fragen fortspinnenden Erschwernisse einer sinnvollen interdisziplinären „Arbeitsteilung“<sup>125</sup> sind aus vielen Zusammenhängen, beispielsweise im Rahmen von Schuldfähigkeitsbegutachtungen, hinlänglich bekannt;<sup>126</sup> und doch gibt es auf diesem beschwerlichen Weg keine „Abkürzung“, weil auch die Nichtinanspruchnahme vorhandenen Expertenwissens die (externe oder interne) Kritik oder jedenfalls (berechtigte) Kritisierbarkeit herausfordert.

Das zeigt in besonderer Anschaulichkeit die aktuelle Kontroverse um den strafrechtlichen Schuldbegriff in Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen und Forderungen der modernen Hirnforschung:<sup>127</sup> So sehr wissenschaftstheoretisch die Entscheidung über die normativen Anforderungen des Schuldbegriffs keinem anderen als allein der Strafrechtswissenschaft überantwortet sein kann<sup>128</sup> (und entsprechende Vorschläge aus den Reihen der Neurowissenschaften in Richtung eines „neuen Strafrechts“ nichts weiter als unverbindliche gedankliche Anregungen sind), so wenig lässt sich mit denselben wissenschaftstheoretischen Grundsätzen vereinbaren, wenn die täterindividuelle tatzeitbezogene Befähigung zur Unrechtsinsicht und zum Ausschöpfen eines (als empirische Gegebenheit postulierten)<sup>129</sup> Handlungspotentials zur Legalität hin einerseits als zentrale Basis des strafrechtlichen Schuldvorwurfs benannt (vgl. § 20 StGB) und andererseits zugleich die Kritik an der Berechtigung dieser empirischen Grundlage unter Verweis auf den normativen Anteil des Schuldbegriffs pauschal zurückgewiesen wird. Nur eines von beiden kann richtig sein: Entweder bekennt sich die Strafrechtswissenschaft zu

---

<sup>123</sup> Dazu *Hassemer, Winfried*, in: Eser-FS 2005, S. 115.126: „Kriminologen bezeichnen die Annahmen der Strafrechtler über die Wirklichkeit als »Alltagstheorien« und insinuiieren damit, dass der Schuster hier seinen Leisten verlassen habe [...]. Alltagstheorien sind Küchenlatein, kriminologische Theorien sind Latein“.

<sup>124</sup> Vgl. *Ernst, Wolfgang*, Gelehrtes Recht, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 3, 17: „Die Jurisprudenz untergräbt ihre Alleinstellung, sobald sie [...] juristische und außerjuristische Tatbestände vermengt“.

<sup>125</sup> *Ernst* (wie vorstehende Fn), S. 19: Beschränkung des Juristen auf den „strictly legal point of view“.

<sup>126</sup> Wie wenig das Recht schon über konsentrierte Strategien zur Problembewältigung verfügt, unterstrich eindrucksvoll *Volker Erb* in seinem Vortrag über die „Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen“ anlässlich der Strafrechtslehrertagung 2009 (ZStW 121 [2009], 882 ff.).

<sup>127</sup> Dazu vertiefend die Beiträge in: *Duttge, Gunnar* (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn. Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht* (Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften), 2009.

<sup>128</sup> Insoweit zutreffend und berechtigt *Winfried Hassemer* in seinem Vortrag anlässlich der Strafrechtslehrertagung 2009 (ZStW 212 [2009], 829 ff.).

<sup>129</sup> Zur Unverzichtbarkeit einer empirischen Basis des Schuldvorwurfs nach dem tradierten Selbstverständnis des Strafrechts (ungeachtet der Begründbarkeit einer vollständig normativierten Schuldlehre) zuletzt eingehend der *Roxin*-Schüler *Sabit Osman Isfen*, *Das Schuldprinzip im Strafrecht*, 2008, S. 98 ff.

einer Schuldlehre, die – allerdings wohl nur mit einem Geltungsanspruch de lege ferenda – ganz ohne Empirie auskommt (und damit unweigerlich das „staatsbürgerfreundliche“ durch ein „autoritäres“, von den gesellschaftlichen Erwartungen her begründetes Verständnis ersetzt)<sup>130</sup>, oder aber sie muss sich mit den Anfechtungen der von ihr postulierten und infolgedessen mit rechtlicher Relevanz versehenen Annahme täterindividueller Freiheit zum „Anders-Handeln-Können“ konstruktiv auseinandersetzen und ggf. – im Falle einer definitiven Widerlegung des Freiheitspostulats (woran es derzeit aber ersichtlich mangelt) – für die eigenen normativen Festlegungen die nötigen Konsequenzen ziehen, weil sie hinsichtlich der Vorfrage über keine eigene Sachkunde verfügt. Kein Ausweis einer wissenschaftstheoretisch haltbaren Konzeption ist es dagegen, den nach eigenem Verständnis zentralen Begriff dunkel zwischen Empirie und Normativität oszillieren zu lassen und trotz unbestritten geltender Unschuldsvermutung auf den Nachweis einer beim Beschuldigten tatsächlich vorhandenen Vermeidefähigkeit zu verzichten. Vonnöten ist daher zuvörderst eine Klärung der eigenen Position, aber nicht weniger die Etablierung von „Regeln der interdisziplinären Kommunikation“, insbesondere solchen, die auch unter den Bedingungen der Inkommensurabilität ein wechselseitiges Zur-Kennntnis-Nehmen der jeweils fremden Erkenntnisse ermöglichen und ein ständiges Missverstehen und Verfehlen verhindern können. Auch hierzu haben rechtswissenschaftstheoretische Vorüberlegungen bereits erste wichtige Einsichten zutage gefördert.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Hierzu, bezogen auf den Verbotsirrtum (§ 17 StGB), eingehend *Naucke, Wolfgang*, in: Roxin-FS 2001, S. 503 ff.; mit Bezug zum Schuldbegriff näher *Isfen, Sabit Osman* (wie vorstehende Fn), S. 156 ff.

<sup>131</sup> Näher *Jestaedt, Matthias*, in: Jestaedt/Lepsius (Fn 18), S. 185, 202 ff.

**V.**

Damit ist das weite Feld möglicher Aufgaben und Fragestellungen einer (Straf-) Rechtswissenschaftstheorie bei weitem noch nicht durchschritten. Für den Gegenstandsbereich des Strafrechts drängt sich die Relevanz dieser neuen Dimension wissenschaftlichen Nachdenkens jenseits der benannten Problemlagen insbesondere auch für jene auf, die dem alten Traum von einer „gesamten Strafrechtswissenschaft“ wieder neues Leben einhauchen wollen.<sup>132</sup> Dazu wären selbstredend auch das Prozessrecht und die Verfahrenswirklichkeit einbezogen, seit Verabschiedung des „Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“<sup>133</sup> mit nochmals angewachsenem Aufklärungs- und Kommunikationsbedarf. An den „strukturellen Bedingungen“ und möglichen „Sperrern“ im Zusammenspiel von materiellem und Prozessrecht war *Fritz Loos* schon vor mehr als einem Vierteljahrhundert stärker interessiert, als „die richtige Lösung des 87. Falles bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl“ zu entdecken.<sup>134</sup> Sprechen wir es also offen aus: Er gehört gleichsam zu den „Urvätern“ der Strafrechtswissenschaftstheorie!

---

<sup>132</sup> Hierfür nachdrücklich *Hassemer, Winfried*, in: Eser-FS 2005, S. 115 ff.

<sup>133</sup> Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums v. 28.5.2009 (<http://www.bmj.bund.de>).

<sup>134</sup> *Loos, Fritz*, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtentwicklung*, 1980, S. 261, 279.



# Einmal mehr und immer wieder: Zur Reform der Juristenausbildung - Gedanken eines jungen Emeritus zu einem alten Thema

*Klaus Geppert*

Sehr geehrte Frau Dekanin Langenfeld,  
sehr geehrte Damen und Herren,  
vor allem aber: lieber Fritz Loos,

## I.

es ist für mich eine große Ehre, am Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages meines hoch geschätzten und lieben Kollegen *Fritz Loos* teilnehmen zu dürfen. Ich muss zugeben, dass ich mich zunächst ein wenig schwer getan habe mit der Zusage zu einem Referat zur „Reform der Juristenausbildung“. Denn wie wir alle wissen, ist – um mit *Theodor Fontane* zu sprechen – dies nicht nur „ein weites“, sondern fürwahr auch ein schon „altbestelltes“ Feld, diskutieren wir doch speziell die „Reform“ der Juristenausbildung, seit es bei uns eine wissenschaftliche Juristenausbildung gibt. Und immerhin liegt die letzte gesetzliche Reform der Juristenausbildung durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002<sup>1</sup> (Stichwort: Schwerpunktbereichsbildung, Internationalisierung, stärkere Ausrichtung auf den Anwaltsberuf und Vermittlung sogenannter Schlüsselqualifikationen schon im Uni-

---

<sup>1</sup> BGBl. I/2592 ff.

versitätsstudium) erst wenige Jahre zurück. Und noch bevor diese letzte gesetzliche Reform „evaluiert“ ist (für viele von uns ein weiteres Reizwort!), diskutieren wir schon wieder oder noch immer die angebliche Notwendigkeit einer völligen Neustrukturierung der Juristenausbildung nach den Vorstellungen des sog. „Bologna-Prozesses“. Nicht ganz ohne Berechtigung hört man gelegentlich – Übertreibung macht anschaulich! – schon den ketzerischen Vorschlag, die beste Reform sei, durch Gesetz zunächst einmal für mindestens zehn Jahre auf jedwede weitere Reform zu verzichten. Sei's drum, damit wird wohl nichts!

Wir feiern heute den 70. Geburtstag des Kollegen *Fritz Loos*, der – wie ich weiß – ein langes aktives Hochschullehrerleben lang immer gern in den Hörsaal und in Seminarräume ging und der über viele Jahre mit an vorderster Stelle des Niedersächsischen Justizprüfungsamtes für Ausbildung und Prüfung junger Juristen und Juristinnen verantwortlich war. Vor diesem Hintergrund ist es gewiss doch sinnvoll, dass ein anderer ebenfalls erst vor kurzem emeritierter Hochschullehrer, der mit *Fritz Loos* zusammen mehr als zehn Jahre lang im Ständigen Ausschuss des Deutschen Juristentages mit Fragen der Juristenausbildung beschäftigt war und dem als langjährigem Mitherausgeber und ständigem Autor einer bewusst „wissenschaftlichen“ Ausbildungszeitschrift die Qualität der Juristenausbildung immer ein besonderes Anliegen war und ist, sich seine Gedanken zu diesem „alten Thema“ macht: „*Sine ira*“, doch nach wie vor „*cum studio*“!

## II.

Seit Jahren kämpft die übergroße Mehrheit aller Rechtsprofessoren und kämpft demzufolge auch der Deutsche Juristenfakultätentag mit guten Gründen gegen die unreflektierte Übernahme des sog. „*Bologna-Prozesses*“ auf die Juristenausbildung. Wer dieses Modell ablehnt, sollte wissen, was exakt darunter zu verstehen ist und was jene 29 europäischen Bildungsminister anlässlich ihrer Tagung in Bologna (für eine Hochschulreform an sich allerbeste Adresse: Sitz der ersten europäischen Universität!) in ihrer Erklärung vom 19. Juni 1999 gemeint und gewollt haben<sup>2</sup> und dem inzwischen mehr als insgesamt 40 europäische Bildungs- und Hochschulminister beipflichten. Einmal mehr sollten wir uns diesbezüglich aber immer daran erinnern, dass es sich dabei keinesfalls um eine völkerrechtlich verbindliche Verpflichtung handelt, sondern erklärtermaßen nur um eine politische Absichtserklärung zur Schaffung eines möglichst auch einheitlichen europäischen *Hochschulraumes* im Zuge eines vereinten Europas und dies möglichst schon bis zum Jahre 2010<sup>3</sup>. Die deutschen Kultusminister haben dieses Ziel in ihren „zehn Thesen zur

<sup>2</sup> Nachzulesen bei *Peter Wex*, Bachelor und Master. Die Grundlagen des neuen Studiensystems in Deutschland (2005), S. 393 ff (englischer Text) und S. 396 ff (deutscher Text).

<sup>3</sup> Wörtlich in der Bologna-Deklaration: Schaffung eines gemeinsamen „europäischen Hochschulraumes als Schlüssel zur Förderung der Mobilität und arbeitsbezogenen Qualifizierung seiner Bürger und der Entwicklung des europäischen Kontinents insgesamt“ (nach *Wex* aaO S. 396).



Bachelor- und Masterstruktur in Deutschland“ vom 12. Juni 2003<sup>4</sup> konkretisiert und im Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 10. Oktober 2003<sup>5</sup> förmlich bekräftigt. Die Kultusminister haben dabei zwar die „staatlich geregelten Studiengänge“ der Juristen (gemeint: das mit dem staatlichen Ersten Juristischen Staatsexamen abschließende Studium der künftigen Volljuristen) ausgenommen, jedoch zwischen den Zeilen der beiden Beschlüsse kaum Zweifel daran gelassen, dass auch die Juristen insgesamt in weiterer Zukunft von der „Bolognisierung“ nicht ausgenommen werden sollten.

In der Konkretisierung durch die Kultusministerkonferenz hätte die Bologna-Deklaration für die deutsche Juristenausbildung im Wesentlichen folgende vier Konsequenzen:

(1) Einführung eines konsekutiven *zweistufigen Studiensystems* mit dem Erwerb des *Bachelor-Grades* („undergraduate“) nach einer ersten Stufe von drei bis vier Jahren und der Möglichkeit des *Master-Grades* („graduate“) nach nochmals ein bis zwei Jahren; Höchstdauer also insgesamt fünf Jahre. Um hier möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Der Bachelor-Grad soll dabei als erster berufsqualifizierender Abschluss den „Regelabschluss“ darstellen, also erklärtermaßen „für die Mehrzahl der Studierenden“ (man spricht diesbezüglich von 70 bis 80 Prozent<sup>6</sup>) zur ersten Berufseinmündung führen<sup>7</sup>. Diese Zweistufigkeit darf im Übrigen nicht mit der bisherigen Zweistufigkeit von Universitätsstudium mit dem Abschluss des Referendarexamens und der nachfolgenden Vorbereitungszeit mit dem Ziel der Zweiten Juristischen Staatsprüfung verwechselt werden; der Mastergrad soll für die reglementierten juristischen Berufe also Zugangsvoraussetzung für den Vorbereitungsdienst sein und/oder den Zugang zur Promotion ermöglichen.

(2) Gewollt ist des Weiteren eine *Modularisierung des Studiums* (und zwar in beiden Studienabschnitten), d.h. eine Zerlegung des Studieninhalts in bestimmte Module *nach Maßgabe eines bestimmten Leistungspunktesystems*. Versteht man unter einem „Modul“ die Zusammenfassung unterschiedlicher Lehr- und Lernformen zu einer thematisch und zeitlich in sich abgeschlossenen abprüfaren Einheit, setzt sich der Studienabschluss – einem Baukastensystem ähnlich – aus der Summe der verschiedenen Module und der ihnen zugeordneten Prüfungen zusammen. Damit sollen Studienleistungen an verschiedenen Hochschulen miteinander kombiniert werden können, womit man sich eine Stärkung der Mobilität der Studierenden im In- wie im Ausland erhofft.

---

<sup>4</sup> Veröffentlicht im Bologna-Reader: Texte und Hilfestellungen zur Umsetzung der Ziele des Bologna-Prozesses an deutschen Hochschulen (herausgegeben von der Hochschulrektorenkonferenz: Bonn 2006), S. 34 ff.

<sup>5</sup> Nachzulesen bei *Wex* aaO S. 399 ff.

<sup>6</sup> So jedenfalls *Kötz* (einer der eher seltenen professoralen Befürworter der Übernahme des Bologna-Modells auf die Juristenausbildung): zitiert nach „Der Bologna-Prozess und die Juristenausbildung in Deutschland, herausgegeben vom Dt. Juristenfakultätentag, 2007, S. 36.

<sup>7</sup> So wörtlich der KMK-Beschluss vom 10.10.2003 (zitiert nach *Wex* aaO S. 401).

(3) Im Zusammenhang damit ist erklärtes Ziel des Bologna-Modells, die in Module zerlegten und separat gelehrt Gegenstände des Studiums durch *studienbegleitende Prüfungen* abzuprüfen. Da jede Prüfung mit einer bestimmten Zahl von Leistungspunkten belohnt wird, ist der Abschlussgrad erworben, wenn eine bestimmte Zahl von Leistungspunkten erreicht ist. Eine staatliche Abschlussprüfung wäre damit überflüssig geworden.

(4) Mit allen diesen Maßnahmen erhofft man sich schließlich eine verstärkte *Internationalisierung der Juristenausbildung*.

Zusammenfassend: Hinter diesem Modell steht speziell für die deutschen Hochschulminister vor allem die Sorge allenthalben zu langer Studiendauer und schwindender Attraktivität des Studienortes Deutschland angesichts (angeblich) fehlender internationaler Vergleichbarkeit.

### III.

Speziell für uns Juristen wird unter Hinweis auf einschlägige Langzeitstudien<sup>8</sup> und auch seitens des Wissenschaftsrates<sup>9</sup> immer wieder darauf hingewiesen, dass die Studierenden der Rechtswissenschaft die Qualität ihres Studiums besonders negativ – und zwar am schlechtesten von allen Studierenden – beurteilten und dass die Studienabbrecherquote signifikant höher sei als in anderen Fächern. Dabei wird nicht nur der fehlende praktische Bezug des Studiums bemängelt, sondern vor allem die Divergenz zwischen dem, was gelehrt und was dann geprüft wird; in keiner dieser Expertisen fehlt denn auch der Hinweis auf den viel zitierten privatwirtschaftlichen „Repetitor“, ohne den angeblich kein Jurastudent (versteht sich: und auch keine Jurastudentin!) auskomme. Schließlich werden besondere Schlüsselqualifikationen und Fremdsprachenkenntnisse vermisst und vorwurfsvoll darauf hingewiesen, dass der Großteil der Absolventen angesichts des derzeitigen Arbeitsmarktes später ohnehin im Anwaltsberuf tätig werden müsse und darauf an der Universität viel zu wenig vorbereitet würde.

1. Wie jedenfalls heute und hier in diesem Saal jedem, doch außerhalb der Universität auch bei (allzu) vielen Juristen leider nicht bekannt, hat der Gesetzgeber mit dem *Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002*, das am 1. Juli 2003 in Kraft getreten ist und das in den verschiedenen Justizausbildungs- und Prüfungsgesetzen der einzelnen Bundesländer inzwischen weithin tendenziell ähnlich umgesetzt wurde, auf diese Kritik reagiert und damit jedenfalls partiell auch Forderungen erfüllt, wie sie in der Bologna-Deklaration propagiert worden sind:

Zum Abschluss des Universitätsstudiums vorgeschrieben ist nunmehr jedenfalls eine *Zweiteilung der Prüfung*, deren einer Teil (meinerseits zur Klarstellung: nicht

<sup>8</sup> Siehe vor allem *Bargel/Multrus/Ramm*, Das Studium der Rechtswissenschaft: Fachmonographie aus studentischer Sicht (1996) sowie *Heublein/Schmelzer/Sommer/Spangenberg*, Studienabbruchstudie 2002, HIS-Kurzinformation A 5/2002).

<sup>9</sup> Empfehlungen zur Reform der staatlichen Abschlüsse (2002), S. 69 ff.

unbedingt der *zeitlich* erste Teil) aus einer „universitären Schwerpunktbereichsprüfung“ (mit mindestens *einer* schriftlichen Prüfungsleistung) und deren anderer Teil aus einer staatlichen Pflichtfachprüfung“ besteht<sup>10</sup>. Während die Pflichtfächer nach wie vor die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechtes, doch nunmehr erklärtermaßen „einschließlich ihrer europarechtlichen Bezüge“ umfassen<sup>11</sup>, dienen die neuen *Schwerpunktbereiche*, in denen die einzelnen Rechtsfakultäten nunmehr ihr eigenes Profil bilden und sich damit von anderen juristischen Fachbereichen (versteht sich: möglichst positiv) abgrenzen können, „der Ergänzung des Studiums, der Vertiefung der mit ihnen zusammenhängenden Pflichtfächer sowie der Vermittlung interdisziplinärer und internationaler Bezüge des Rechts“<sup>12</sup>. Anzubieten sind nunmehr auch Lehrveranstaltungen, bei denen ausdrücklich auch die „rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen *Schlüsselqualifikationen*“ berücksichtigt werden. Der neue § 5 Abs. 3 S. 1 DRiG n. F. nennt dafür beispielhaft Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung und Mediation sowie Vernehmungslehre; der Phantasie der juristischen Fakultäten bei der Einwerbung einschlägig erfahrener Praktiker sind dabei keine Grenzen gesetzt. In diesem Kontext möchte ich im Übrigen auch auf die vielerlei „Moot Courts“ hinweisen, in denen meine Fakultät und auch viele andere Rechtsfakultäten wert- und sinnvolle Kraft investieren. Ausdrücklich vorgeschrieben ist nunmehr auch der „erfolgreiche“, d.h. ebenfalls mit einer Prüfung verbundene Besuch entweder einer *fremdsprachigen rechtswissenschaftlichen Veranstaltung* oder jedenfalls eines rechtswissenschaftlich ausgerichteten Sprachkurses<sup>13</sup>. Der Bundesgesetzgeber stellt den einzelnen Bundesländern im Übrigen zudem auch *studienbegleitende Prüfungen* frei, „jedoch nicht vor Ablauf von zweieinhalb Studienjahren“<sup>14</sup>. *Stärker anwaltsmäßig ausgerichtet* wird dann vor allem der Vorbereitungsdienst; die dortige Anwaltsstation muss nunmehr neun Monate betragen<sup>15</sup>.

Nebenbei, doch fürwahr nicht unwichtig: Die Umsetzung aller dieser Reformmaßnahmen hat in Lehre, Prüfung und Verwaltung verständlicherweise erhebliche Ressourcen und Kapazitäten in Anspruch genommen, doch ohne dass der Universität von der Politik bzw. den jeweiligen juristischen Fakultäten von ihren Rektoren/Präsidenten hierfür zusätzliche Mittel zur Verfügung gestellt wurden. Ich kann dies für meine Fakultät auch belegen, vermute aber, dass es anderen juristischen Fakultäten nicht besser gegangen ist: nachgerade ein ausgesprochenes Ärgernis, um nicht von einem Skandal zu sprechen!

---

<sup>10</sup> So nunmehr § 5 Abs. 1 DRiG n. F.

<sup>11</sup> § 5 Abs. 2 S. 2 DRiG n. F.

<sup>12</sup> § 5 Abs. 2 S. 3 DRiG n. F.

<sup>13</sup> § 5 Abs. 2 S. 1 DRiG n. F.

<sup>14</sup> § 5 d Abs. 2 S. 2 DRiG n. F.

<sup>15</sup> § 5 b Abs. 4 DRiG n. F.

2. Hat der Gesetzgeber des Bundes und der einzelnen Bundesländer nunmehr vorgelegt und haben die einzelnen juristischen Fakultäten diese Vorgaben im Rahmen ihrer Kapazitäten (und gelegentlich wohl über ihre Kräfte hinaus) umgesetzt, bleibt zu fragen, wie alle diese Bemühungen bei den Studierenden angekommen sind. Denn wie man weiß, muss der Köder dem Fisch und nicht dem Angler schmecken! Diesbezüglich gibt es aus dem Hause des Bundesministeriums für Bildung und Forschung neue Ergebnisse aus einer (Konstanzer) Langzeitstudie<sup>16</sup>. Dieses Material stammt zwar aus dem Wintersemester 2006/2007, ist tendenziell aber gewiss noch nicht überholt (doch im Hinblick auf das allmähliche Greifen der Reform von 2003 zwischenzeitlich hoffentlich sogar leicht verbessert)<sup>17</sup>. Wir sollten diese Ergebnisse zur Kenntnis nehmen, auch wenn sie uns nicht durchweg gefallen:

Erfreulicherweise ist das Durchschnittsalter der Jura-Studenten gefallen (23,1 Jahre durchschnittlich im 6. Semester), und auch nur noch 3 % haben das 13. Fachsemester überschritten<sup>18</sup> (immerhin noch die günstigste Zahl unter allen Uni-Fächergruppen und gewiss auch Folge des sog. „Freiversuches“, das in dieser Form wohl nur die Juristen kennen). Die Fachidentifikation ist bei den Juristen besonders gering (72 % gegenüber z.B. 89 % bei den Medizinern)<sup>19</sup>, so dass es nicht überraschend ist, dass gerade die jungen Juristen am häufigsten einen Fachwechsel in Betracht ziehen (22 % gegenüber z.B. 11 % bei den Medizinern)<sup>20</sup>. Diese für uns ungünstige Zahl ist also nicht allein durch ungünstige Studienbedingungen vorgegeben, und nicht ganz uninteressant ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis, dass im Fach Rechtswissenschaft gerade die Studienanfänger (vom 1. bis zum 3. Fachsemester) verstärkt an den Fachwechsel oder gar an die Aufgabe des Hochschulstudiums denken, dies aber kaum mehr ab dem 5. Fachsemester<sup>21</sup>. Diese Erkenntnis sollte uns Hochschullehrer verstärkt dazu bringen, die Zwischenprüfungsklausuren (inhaltlich-didaktisch ernst wie notenmäßig streng) zum Anlass zu nehmen, gerade den Studienanfängern möglichst früh aufzuzeigen, dass sie gegebenenfalls das für sie falsche Fach gewählt haben. Nicht gerne vernehmen wir Hochschullehrer, dass immerhin 39 % (wiederum unter allen Fächergruppen die schlechteste Zahl) das für sie in den Studienordnungen vorgegebene Vorlesungsprogramm unterlaufen, d. h. die vorgesehenen Lehrveranstaltungen schlicht nicht besuchen<sup>22</sup>. Und in diesen Kontext gehört denn auch die statistisch belegte Er-

---

<sup>16</sup> *Multrus/Bargel/Ramm*, Studiensituation und studentische Orientierungen: 10. Studierenden survey an Universitäten und Fachhochschulen, herausgegeben vom BMBF (Bonn und Berlin 2008).

<sup>17</sup> An den studentischen Befragungen beteiligt war zwar weder die Freie Universität Berlin noch die Georg-August-Universität Göttingen, doch z.B. mit den Universitäten München, Bochum, Freiburg und Hamburg juristische Fachbereiche beteiligt, so dass die Ergebnisse dieser Studie wohl als verallgemeinerungsfähig angesehen werden können.

<sup>18</sup> Beleg 16: aaO S. 7.

<sup>19</sup> AaO S. 59.

<sup>20</sup> AaO S. 67 f.

<sup>21</sup> AaO S. 68.

<sup>22</sup> AaO S. 76.

fahrung, dass die Stoffeffizienz (gemeint: dass der angekündigte Lehrstoff innerhalb der vorgegebenen Vorlesungszeit so dargeboten wird, dass damit das angekündigte Lernziel – die Vorbereitung auf ein möglichst gutes Examen<sup>23</sup> – hinreichend sicher zu erreichen ist) gerade in unserem Fach am schlechtesten unter allen Fächergruppen bewertet wird. Geht man von einer Skala von 0 (nie) bis 6 (häufig) aus, erzielen wir Juristen nur einen Durchschnittswert von 3,2 (am besten liegen hier einmal mehr die Naturwissenschaften mit 4,0). Hinter diesem Zahlenwert erkennt man natürlich unschwer das seit Jahrzehnten (genauer: seit Einführung juristischer *Staatsexamina*) allseits bekannte „Repetitor-Phänomen“, dem wir bei der Mentalität der Studierenden zwar nie ganz entgehen, das wir aber abmildern können, wenn wir verstärkt – wichtig: auch außerhalb der reinen Vorlesungszeit! – Repetitorien, Examinatorien (mit simulierten Prüfungsgesprächen bzw. Probenvorträgen, wie sie neuerdings vermehrt gefordert werden) und Klausurenkurse (im Examens- und nicht nur im normalen Übungsniveau) anbieten: also Veranstaltungen, die speziell auf die Anordnungen der juristischen Staatsprüfung vorbereiten. Gerne hören wir jedoch, dass bei unseren Studierenden das von uns Hochschul Lehrern im Hörsaal angebotene Verhältnis von reinem Faktenerwerb einerseits und Verständnis der Grundlagen andererseits alles in allem ausgeglichen ist<sup>24</sup>. Jedoch scheinen sich die Studierenden (jedenfalls noch diejenigen des WS 2006/2007) auch und gerade in unserem Fach im Hinblick auf die vielzitierten „überfachlichen Anforderungen“, auf die die Hochschulen mit eigens eingerichteten Lehrveranstaltungen zu den sog. Schlüsselqualifikationen zu reagieren haben, eher unterfordert zu fühlen, d.h. schlecht betreut. Hier muss personell (durch Lehrbeauftragte von außen, was zusätzlich Geld kostet) und auch didaktisch (durch Entwicklung einschlägiger Lehrformen) noch gewaltig investiert werden. Doch der Erfolg solcher Lehrveranstaltungen (z.B. zu Rhetorik oder zur Diskussionsbeteiligung in der Gruppe) ist in Großveranstaltungen von 100 und mehr Leuten schlicht nicht möglich, was wiederum zusätzliche Kapazitäten erfordert. Als besonders ungünstig wird in unserem Fach schließlich der Kontakt der Studierenden zu ihrem Professor angesehen (gegenüber früheren Jahren zwar leicht steigend); nur rund 15 % haben zumindest manchmal Kontakt zu ihrem Professor<sup>25</sup>. Ähnlich groß sind demzufolge die Kommunikationsdefizite, d.h. die fehlenden (Beratungs-)Kontakte zwischen den Studierenden und ihrem Lehrpersonal; fast jeder zweite Studierende bemängelt in unserem Fach das Fehlen von Ansprechpartnern, wenn es zu Problemen im Studium kommt<sup>26</sup>. Grund dafür sind verständlicherweise (jedenfalls auch) übervolle Lehrveranstaltungen, was nicht zuletzt dadurch zu belegen ist, dass diese Defizite in der Rechtswissenschaft von 2004 bis zum Berichtszeitjahr (2006/2007)

---

<sup>23</sup> Nebenbei: Während z.B. den Medizinern an einem möglichst schnellen Studienabschluss gelegen ist, steht für die Juristen der Erfolg, d. h. die Examensnote deutlich im Vordergrund (aaO S. 62 f).

<sup>24</sup> AaO S. 83 f.

<sup>25</sup> AaO S. 124.

<sup>26</sup> AaO S. 144.

von rund 60 % auf 49 % gefallen sind, was wohl auch den zunehmenden Kleinveranstaltungen im Schwerpunktbereichsstudium und der damit verbundenen verbesserten Betreuungsrelation zu verdanken ist.

Spätestens an dieser Stelle ist ein Wort zu verlieren zum Ärgernis, das sich an eben diesem Stichwort „*Betreuungsrelation*“ festmachen lässt: Nicht nur im Zusammenhang mit der viel diskutierten „Exzellenz-Initiative“ im deutschen Hochschulbereich, die – dieses kritische Wort kann ich mir nicht ganz verkneifen – für die deutschen Hochschulen wohl nicht nur Gutes bringt (im Klartext: u.a. befürchte ich die Differenzierung in Forschungs- und Lehrprofessuren, was auf Dauer zum Verlust der *Humboldt'schen* „Einheit von Forschung und Lehre“ führen wird, die mir nach wie vor unverzichtbar ist!): eben im Zusammenhang mit dieser „Exzellenz-Initiative“ werden gerade die juristischen Fakultäten immer wieder verglichen mit dem Glanz von Cambridge, Oxford, Harvard, Princeton und einigen wenigen weiteren Kleinodien. Nicht gesagt wird dabei, dass hier sehr verschiedene Obstsorten miteinander verglichen werden. Denn während unsere auswärtigen Kollegen für jene genannten ausländischen Spitzenuniversitäten Betreuungsrelationen „Professor – Studierender“ von ca. 15 bis 20 angeben, liegt dieses Verhältnis bei unseren Rechtsfakultäten um Welten schlechter. So ergibt sich für den Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin für das akademische Jahr vom 1. Oktober 2007 zum 30. September 2008 eine Zahl von 142; noch schlechter als die FU Berlin liegt derzeit offenbar Münster (1 zu 183). Nach den mir von der Geschäftsstelle des DJFT für das Sommersemester 2007 übermittelten Zahlen liegt die Juristische Fakultät der Universität Göttingen etwas günstiger (1 zu 84). Eine nachgerade einsam günstige Relation ist derzeit lediglich für die Bucerius Law School festzustellen (1 zu 25). Wenn man die mangelnde Kommunikation zwischen Lehrenden und Lernenden beklagt, gehören auch diese insgesamt jammervollen Betreuungsrelations-Zahlen auf den Tisch der Agenda und jedenfalls in einen Vortrag zur Reform der Juristenausbildung! Wir dürfen uns keineswegs damit abfinden, dass es – so die Ansicht deutscher Verwaltungsgerichte in den vielen „NC-Prozessen“ – für die Kapazitätsbelastung letztlich keine Rolle spielt, ob in einer Übung nun 250 oder nur 50 Studierende sitzen.

#### IV.

Der Kampf um die *Übertragung des Bologna-Modells auch auf die universitäre Juristenausbildung* ist noch nicht ausgestanden. Die Kombattanten sind bekannt (nämlich: der Deutsche Juristenfakultätentag mit der übergroßen Mehrheit der von ihm vertretenen Rechtsfakultäten auf der einen und die *Wissenschafts-*, in großer Mehrheit erfreulicherweise nicht die *Justiz-*minister und insbesondere die Anwaltschaft auf der anderen Seite). Der Kampf scheint sich in letzter Zeit aber von der Universität auf den Vorbereitungsdienst und damit auf die zweite Stufe unseres seit nunmehr über 100 Jahre alten (nicht mit „Bologna“ zu verwechselnden) zweistufigen

Volljuristen-Ausbildungssystems verlagern zu wollen. Zwei Dinge sollten dabei auseinander gehalten werden:

1. Es wird niemanden überraschen, dass ich als langjähriges Mitglied des Ständigen Ausschusses des DJFT mit großer Überzeugung dessen Linie vertrete und demzufolge auch auf Grund meiner nun über dreißigjährigen Erfahrung als Hochschullehrer dezidiert der Ansicht bin, dass die *Übertragung des Bologna-Modells auf die universitäre Juristenausbildung nicht nur überflüssig, sondern nachgerade schädlich* wäre. Die Argumente sind hinlänglich bekannt:

(1) Wichtige Aspekte des Bologna-Modells sind bereits in der Reform von 2002/2003 enthalten (Internationalisierung, stärkere Betonung der Ausbildung auf den Anwaltsberuf, studienbegleitende Prüfungen ohne Verzicht auf eine abschließende Abschlussprüfung); man sollte sie – nicht zuletzt im Schwerpunktbereich – kraftvoll weiterverfolgen.

(2) Macht man mit einem „Bachelor-Grundstudium“ („undergraduate“!) wirklich ernst und benennt nicht einfach nur die ersten fünf oder sechs Semester unseres bisherigen Jurastudiums neu, muss dieses inhaltlich so ausgerichtet, d.h. auf die Vermittlung auch praktisch anwendbaren Wissens angelegt und zudem zeitlich so strukturiert sein, dass man von einer „wissenschaftlichen“ Ausbildung kaum noch reden könnte. Für Grundlagenfächer wird hier kein Raum mehr sein und vom auch methodisch umfassend geschulten „Einheitsjuristen“ wird man nicht mehr sprechen dürfen.

(3) Schließlich und vor allem führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass für den juristischen „Bachelor“ neuer Art schlicht keine realistische Berufsperspektive vorhanden ist. Die beruflichen Beschäftigungen, die ich diesbezüglich sehe, liegen in jenen Bereichen (Versicherungen, Verbände, Medien, Politik), die notgedrungen schon bisher von jenen ehemals Studierenden gewählt werden *mussten*, die ihr Jurastudium abbrechen oder ohne Erfolg beenden mussten. Das ist fürwahr zu wenig, das dürfen wir rund 70 % der Jura-Studenten nicht als berufsqualifizierenden Abschluss und als berufliche Lebenschance anbieten!

Die juristischen Insider jedenfalls im Hochschulbereich waren daher hocherfreut, dass CDU und SPD die Übertragung des Bologna-Modells auf die Juristenausbildung in ihrer Großen Koalitions-Vereinbarung vom 11. November 2005 als derzeit nicht geboten vertagt<sup>27</sup> und dass sich erst jüngst die Koalition von CSU und FDP in Bayern im Herbst 2008 erklärtermaßen gegen dieses Modell ausgesprochen haben. Als jedenfalls „derzeit nicht sinnvoll“ hat sich nach einem ausführlichen Bericht eines eigens dafür eingesetzten Koordinierungsausschusses auch die Justizministerkonferenz vom 17. November 2005 ausgesprochen und auch der Justizministerkonferenz vom 20. November 2008 war – wiederum nach einem weiteren ausführlichen Erfahrungsbericht des Koordinierungsausschusses, nunmehr zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung des

---

<sup>27</sup> Erfreulicherweise hat sich kurz zuvor schon die designierte Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* nachdrücklich gegen die Übertragung des Bologna-Modells auf die Juristenausbildung ausgesprochen (in: *Der Bologna-Prozess und die Juristenausbildung in Deutschland*, 2007, S. 11 ff).

Jahres 2002 – eine abschließende Bewertung erst möglich, wenn mehrere Absolventenjahrgänge befragt wurden. Der Koordinierungsausschuss wurde ausdrücklich beauftragt, die Evaluation fortzusetzen und der Justizministerkonferenz spätestens 2011 erneut zu berichten.

Zwischenzeitlich haben im Übrigen auch die Erfahrungen anderer Studiengänge, die den Bologna-Prozess alsbald umgesetzt haben, gezeigt, dass dessen Ziele – insbesondere Vergleichbarkeit der Abschlüsse und Mobilität der Studierenden im In- und Ausland – nicht erreicht wurden. Man wird heute schon sagen dürfen, dass die Attraktivität speziell des Bachelor-Studiengangs seit 2001 insgesamt sogar abgenommen hat<sup>28</sup>. Auch die Modularisierung der Lehrveranstaltungen (diese z.B. meinem Fachbereich im Wege von Zielvereinbarungen als leistungspunktbefrachtete Lehr- und Prüfungsangebote für andere Fachbereiche abgerungen) und nicht zuletzt die unterschiedlichen Schwerpunktbereiche, in denen sich die heutigen Rechtsfakultäten individuell auszeichnen können, haben dazu geführt, dass die Mobilität im Inland seit Einführung der Schwerpunktbereichsprüfungen deutlich abgenommen hat. Ins Ausland gehen unsere Jura-Studierenden (23 %) vor diesem Hintergrund erfahrungsgemäß nicht *während*, sondern *nach* Abschluss ihres Universitätsstudiums<sup>29</sup>.

2. Ich darf selbstverständlich nicht verschweigen, dass nicht alle deutschen Justizminister sich gegen die Übertragung des Bologna-Modells auch auf die Juristen ausgesprochen haben, hoffe jedoch, dass sich jedenfalls das sog. „3 + 2-Modell“ der (inzwischen vormaligen) nordrhein-westfälischen Justizministerin *Müller-Piepenkötter* nicht durchsetzt, wonach einem zwingend nur dreijährigen Bachelor-Grundstudium (erklärtermaßen für nur rund 60 % der Studierenden!) auf dem Weg zum Einheitsjuristen ein zweijähriges „Rechtspflege-Masterstudium“ mit Spezialisierungspflichten und für den dann deutlich geschrumpften kleinen Kreis der zukünftigen Volljuristen ein noch einjähriges Referendariat mit einem zweiten Staatsexamen folgen soll. An diesem Modell ebenso wie an dem vom baden-württembergischen Justizminister *Goll* entwickelte „Stuttgarter Reformmodell“, das für den Zugang zu den klassischen juristischen Berufen (Richter/Staatsanwälte, Rechtsanwälte und höherer Verwaltungsdienst) eine sechs Semester dauernde Grundstudiumsphase mit dem Erwerb eines Bachelor-Grades und nachfolgend eine weitere Praxisphase sowie eine universitäre Vertiefungs- und Wahlfachphase von nochmals insgesamt vier Semestern mit dem Masterabschluss vorsieht, missfällt mir vor allem, dass erklärtermaßen rund 60 % aller Jura-Studierenden mit diesem Bachelor-Grad abgespeist werden sollen, nochmals: mit dem sie nach allen unseren Erfahrungen auf dem Arbeitsmarkt nicht viel anfangen können.

Eben diese Beschränkung auf rund 60 bis 70 % zeigt, dass wir es letztlich mit einem Arbeitsmarktproblem zu tun haben. Keiner der hier anwesenden Kollegen wird mir widersprechen wollen, dass wir derzeit und schon seit Jahren zu viele

---

<sup>28</sup> Dazu *Multrus/Bargel/Ramm* aaO (Fußnote 8) S. 201 ff.

<sup>29</sup> AaO S. 113.



oder jedenfalls für einen juristischen Vollberuf ungeeignete Juristen ausbilden und selbst viele unserer schließlich gerade noch mit „ausreichend“ examinierten geprüften Rechtskandidaten nach (zu) vielen Jahren der Ausbildung in die „juristische“ Arbeitslosigkeit... oder eben in den Anwaltsberuf schicken müssen. Ich habe daher – und mit diesem Bekenntnis werde ich unter meinen heutigen Zuhörern gewiss nicht nur Zustimmung erfahren – bei allem Verständnis für die Sinnhaftigkeit und den Nutzen eines nochmaligen staatlich subventionierten (zweijährigen) Vorbereitungsdienstes<sup>30</sup> ein gewisses Verständnis für das von der Anwaltschaft vorgeschlagene sog. *Spartenmodell*, das sich nach Abschluss des traditionellen (und somit nicht in Bachelor- und Master-Klassen minimierten!) Universitätsstudiums vom klassischen Einheits-Juristen verabschiedet und das zweijährige Referendariat mit nachfolgendem staatlichen Assessor-Examen durch eine Spartenausbildung ersetzen will<sup>31</sup>. Dieses mein Verständnis gilt jedoch nur für den Vorbereitungsdienst als solchen, nicht jedoch für die Sinnhaftigkeit unseres *traditionellen Assessorexamens*; in diesem wird (jedenfalls in den schriftlichen Assessor Klausuren) letztlich nur abgeprüft, was bereits im Referendar-Examen abgeprüft wurde und auf das allenfalls in den Referendar-*Arbeitsgemeinschaften*, nicht jedoch im eigentlichen Vorbereitungsdienst vorbereitet wird. So sehr ich für den „*Einheitsjuristen*“ für den universitären *Ausbildungsbereich* zu streiten bereit bin, so sehr meine ich, dass wir eben diesen Einheitsjuristen im nachfolgenden (zweijährigen!) Vorbereitungsdienst nicht brauchen und ihn auf Dauer wohl auch nicht finanzieren wollen. Noch bevor es die unterschiedlichsten Arten von Sparten- und ähnlichen Modellen gegeben hat, war ich dezidiert der Ansicht, dass jeder junge (für dieses Studium geeignete, was in den ersten Semestern und nicht erst nach vielen Jahren zu überprüfen wäre) Jurist, der an der Universität nach langen und bewährten Traditionen „wissenschaftlich“ ausgebildet wurde, mit diesem Abschluss (wenn auch nicht *berufsfertig*, wohl aber) *berufsfähig* ist und demzufolge in der Lage sein müsste, innerhalb einer nicht notwendig zweijährigen weiteren speziellen Ausbildungszeit eine beruflich volle Kraft zu werden. Die politisch Verantwortlichen sollten für die universitäre Juristenausbildung also endgültig das Bologna-Modell vergessen und sich gemeinsam insbesondere mit der Anwaltschaft darum kümmern, wie der Einstieg in die Spartenausbildung zu steuern (und zu finanzieren) ist. Sie sollten dabei aber auch dafür Sorge tragen, dass auch nach der Sparten-Zusatzausbildung ein Wechsel in die andere Sparte nicht zwingend ausgeschlossen ist. Keinesfalls aber sollte man versuchen, unter dem Bologna-Etikett in Wahrheit Arbeitsmarktprobleme der Anwaltschaft lösen zu wollen.

---

<sup>30</sup> Zum Wert der Referendarzeit und einer nochmaligen Zweiten Staatsprüfung siehe erst jüngst *Pitz/Wicklein* ZRP 2008, 131 ff und *Eckstein/Wilkening* ZRP 2009, 59 ff.

<sup>31</sup> Die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zur Einführung des Bologna-Prozesses in die Juristenausbildung, wie sie der Vorstand des DAV auf seiner Sitzung anlässlich des 59. Deutschen Anwaltstages am 30. April 2008 beschlossen hat, ist abzurufen [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de).

## V.

Ich darf nach alledem *zusammenfassen*: Ich lehne die Übertragung des Bologna-Modells auf unsere (das muss man auch sagen dürfen: nach wie vor weltweit anerkannte) traditionelle akademische Juristenausbildung als überflüssig und schädlich ab und ich habe im Übrigen alles in allem auch meinen Frieden geschlossen mit der Reform des Jahres 2002 (Stichwort: Schwerpunktbereichsbildung). Da ich auch den großen Nutzen zweier neben- oder nacheinander geschalteter Abschlussprüfungen, d.h. den Gewinn einer (gerade nicht studienbegleitenden) staatlichen *Abschlussprüfung* und einer zusätzlichen (eher vorlesungsbezogenen) universitären *Schwerpunktbereichsprüfung* sehe, habe ich mich auch mit dem Nebeneinander dieser beiden Prüfungen abgefunden, auch wenn ich den dafür erforderlichen riesigen bürokratischen Aufwand nicht übersehe und nochmals nachdrücklich bemängele, dass die Juristischen Fakultäten dafür finanziell nicht hinreichend ausgestattet wurden.

Ich möchte abschließend noch auf drei Punkte hinweisen, die mir jedenfalls nach meinen höchstpersönlichen Erfahrungen am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin Sorge bereiten. Vielleicht haben auch andere Rechtsfakultäten die gleichen Sorgen:

(1) Als gerade frisch emeritierter Hochschullehrer bedauere ich die jüngeren Kollegen, die angesichts der auf sie zukommenden *Prüfungsbelastungen* Gefahr laufen, zum „Studienrat im Hochschuldienst“ zu werden. In den althergebrachten Übungen und Seminaren können sie zwar durch Korrekturassistenten entlastet werden; eine solche Entlastung ist in den (sinnvollen und notwendigen) Zwischenprüfungsklausuren nur partiell möglich und in den universitären (schriftlichen) Schwerpunktbereichsarbeiten (in den meisten Fakultäten eine vierstündige Klausur und eine vierwöchige Semesterabschlussarbeit) aus Rechtsgründen (Vier-Augen-Prinzip) ausgeschlossen. Ich weiß, dass sich viele Kollegen, die neben der Lehre/Prüfung dienstlich ja auch zur Forschung verpflichtet sind, in dieser Not jedenfalls aus den staatlichen Klausurkampagnen zurückziehen: Dies ist kontraproduktiv; denn wer lehrt, sollte auch prüfen! Ich habe den Eindruck, dass sich einige Fakultäten diesbezüglich übernommen haben und im Einvernehmen mit dem Landesgesetzgeber die Anforderungen an die schriftlichen Schwerpunktbereichsprüfungsleistungen zurückschrauben sollten. Im Übrigen begegnet uns hier

(2) und nachfolgend unter einem zweiten Aspekt einmal mehr das Problem der Betreuungsrelation: Zugegebenermaßen ist die Spezialisierung im Schwerpunktbereich für die Studierenden und für die zunehmend unter Konkurrenzdruck stehenden Rechtsfakultäten ein großer Gewinn. Ich fürchte aber auch hier, dass sich einige Fakultäten diesbezüglich übernommen haben und *zu viele Schwerpunktbereiche* anbieten. Für den einen oder anderen Kollegen ist dieser Rückzug in die Nische seiner Spezialdisziplin angenehm (nochmals: und gewiss auch für die sich spezialisierenden Studierenden hilfreich), geht aber häufig *auf Kosten der Pflichtfachausbildung*, und zwar in allen zeitlichen Stadien der universitären Juristenausbildung. Mein

Fachbereich beispielsweise konnte sich sechs Schwerpunktbereiche mit teilweise mehreren unterschiedlichen Unterbereichen nur leisten, indem auf einen Zwei-Semester-Turnus umgestellt wird. Ein solcher Turnus verzögert das Studium und lässt auch sonst zu wenig Raum für Ergänzungen und Vertiefungen der Pflichtfachveranstaltungen.

(3) Soll die mit 30 % in die Gesamtnote eingehende Note für die universitäre Juristische Prüfung nicht zur Nebensächlichkeit verkümmern, die im späteren Berufsleben nicht ernst genommen wird, ist nachdrücklich eine *größere Benotungsdisziplin im Schwerpunktbereich* einzufordern. Die *mündlichen* Schwerpunktbereichnoten unterscheiden sich nach den mir zur Verfügung stehenden Informationen nicht maßgeblich von den mündlichen *JPA*-Noten. Es geht wohl auch in Ordnung, dass nach diesen Informationen die Klausurergebnisse in den Schwerpunktbereichsklausuren eben weil *vorlesungs-* und damit auch auf eine ganz bestimmte Lehrperson bezogen im Schnitt günstiger ausfallen als die *JPA*-Klausuren (wobei manche von uns zugeben werden, dass die nachgerade stählerne Härte unserer *JPA-Klausur*noten jedenfalls durch eine nicht zu übersehende Milde bei Benotung der *mündlichen* Leistungen zu Recht ein wenig entschärft wird). In vielen Fakultäten fallen aber die Noten für die Semesterabschlussarbeiten so gut aus, wie mir das nach meinem diesbezüglichen Benotungsstandard schlicht nicht einleuchten will: Durchschnittszahlen zwischen „sehr gut“ und „gut“, wie sie aus bayrischen Universitäten gemeldet werden, erinnern mich jedenfalls allzu sehr an jene Bemerkung meines Berliner Kollegen *Klaus Adomeit*, der in Bezug auf die universitären Noten im Fach Psychologie einmal geschrieben hat, nach der letzten Reform sei die dortige Durchschnittsnote auf „1,1 runtergesackt“.

Damit – meine sehr verehrten Damen und Herren – bin ich am Ende meines Vortrages, der hoffentlich nicht zu negativ-pessimistisch ausgefallen ist. Das wäre nicht in meinem und gewiss – lieber Fritz Loos – auch nicht in Ihrem Sinn. Denn diese meine Kritik lebt von der Freude an der akademischen Lehre und im Übrigen von der Hoffnung, dass wir beide dieses unser Engagement für die Juristenausbildung doch an den einen oder anderen Schüler weitergeben konnten. Wir beide sind nunmehr jedenfalls am Ende unserer aktiven Hochschullehrerzeit. Die „Pflicht“ liegt hinter uns. Was jetzt kommt, ist nur noch „Kür“! In diesem Sinn: „Ad multos annos!“



# Zum Begriff der Person im Recht

*Günther Jakobs*

## I. Welzels Axiom

Im sechsten und letzten Teil seines Buches „Naturrecht und materiale Gerechtigkeit“<sup>1</sup>, dem einzigen nicht-historischen Teil, verbindet *Welzel* unter der Überschrift „Rückblick. Was bleibt?“ die Begriffe „Pflicht“ und „Person“.<sup>2</sup> „*Verpflichtung* und *verantwortliche Person* gehören untrennbar zusammen. In jeder Verpflichtung wird der von ihr Betroffene als *verantwortliche Person* erfasst. Darum muss jeder Befehl, der als *Rechtsnorm* einen Menschen verpflichten will, ihn als Person anerkennen. *Die Anerkennung des Menschen als verantwortlicher Person ist die Mindestvoraussetzung, die eine Sozialordnung aufweisen muß, wenn sie nicht lediglich durch ihre Macht zwingen, sondern als Recht verpflichten will.* Dieser materiale Gehalt ist im obersten Axiom des Naturrechts, daß es Verpflichtung oder daseintranszendentes Sollen gibt, notwendig enthalten.“<sup>3</sup> *Welzel* hat nicht nur große Teile des zitierten Textes im Druck hervor-

---

<sup>1</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Auflage, 1962.

<sup>2</sup> Es geht hier um den *rechtlichen* Begriff der (schlecht sogenannten) natürlichen Person. Dazu *Schild*, in: *Ritter* u. a. (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 7, 1989, Person IV (Sp. 322 ff.); zum Personbegriff in der Philosophie der Neuzeit *Scherer*, a. a. O., Person III (Sp. 300 ff.) und *Kobusch*, Die Entdeckung der Person, Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild, 2. Auflage, 1997.

<sup>3</sup> *Welzel* (Fn. 1), S. 239 f. – Beiläufig, dem sich aufdrängenden Einwand, bei *Hobbes* sei von „daseintranszendente(m) Wollen“ allenfalls mittelbar, nämlich vermittelt über das Erfordernis von (Rechts-) Sicherheit die Rede, ist *Welzel* zuvorgekommen: Er rügt den Apostel des Positivismus, weil dieser „das Ideelle zu gering nahm“, (Fn. 1), S. 123. – Zum Begriff „Axiom“ (nicht: „Postulat“) *Loos*, Literaturbericht, ZStW 114 (2002), S. 657 ff., 674ff., 678.

gehoben, sondern den Gedanken auch in zahlreichen anderen Abhandlungen wiederholt:<sup>4</sup> Offenbar handelt es sich um eine *Grundeinsicht Welzels*.

Auch *Loos* hält *Welzels* Einsicht für fundamental. In seiner Untersuchung zu *Max Webers* Wert- und Rechtslehre<sup>5</sup> zeichnet *Loos* in der ihm eigenen Subtilität nach, wie *Weber* aus dem von ihm geradezu leidenschaftlich vertretenen Wertrelativismus keineswegs zu der Konsequenz gelangt, die Wertfrage nicht mehr aufzuwerfen und sich, sei es hedonistisch, sei es in stoischer Ruhe, anderen Aufgaben zuzuwenden, vielmehr wiederum leidenschaftlich dazu auffordert, sich als „Persönlichkeit“ zu entwickeln, die „ihr ‚Wesen‘ in der Konstanz ihres inneren Verhältnisses zu bestimmten letzten ‚Werten‘ und Lebens-‚Bedeutungen‘ findet.“<sup>6</sup> *Loos* vermerkt, *Weber* gehe offenbar doch von einem Wert aus, nämlich von der wertkonstanten Persönlichkeit,<sup>7</sup> und *Welzels* Einsicht formuliere die „Voraussetzungen ..., ohne die sinnvoll vom Gebot, durch Wertkonstanz Persönlichkeit zu werden, nicht geredet werden“ könne,<sup>8</sup> dass es sich nämlich bei den Adressaten des Gebots um *verantwortungsfähige Personen* handle.<sup>9</sup> – Bei dieser hohen Einschätzung der *Welzelschen* Argumentation durch *Loos* nimmt es nicht wunder, den Gedankengang auch in der rechtstheoretischen Materialsammlung zu finden, die *Loos* und *Schreiber* zusammen herausgegeben haben.<sup>10</sup> In den *Welzels* Text vorangehenden Bemerkungen heißt es: „Mit dem verpflichtenden Sollen sieht *Welzel* als Korrelat die verantwortliche Person verknüpft. In ihrer Anerkennung findet er die Mindestvoraussetzung, die eine Sozialordnung aufweisen muß, wenn sie sich als Rechtsordnung von der bloßen Macht unterscheiden will.“<sup>11</sup>

Bisher habe ich die verantwortliche Person eher als bloßen Namen behandelt, aber was ist ihr Begriff? Bei *Welzel* bleibt dieser Begriff geradezu selbstverständlich nicht völlig formal – „Zurechnungsendpunkt“ oder ähnliches –, sondern wird auf die geistige Existenz des Menschen bezogen; dafür steht *Welzel* von seiner Disser-

<sup>4</sup> *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, 1953, zitiert nach: *ders.*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 274 ff., 286 f.; *ders.*, *Macht und Recht*, 1959, zitiert nach: *ders.*, *Abhandlungen*, S. 288 ff., 296; *ders.*, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, 1963, S. 9 f.; *ders.*, *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, 1964, S. 24 f.; *ders.*, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, 1966, S. 29 f. – Auch *ders.*, *Gesetz und Gewissen*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, Bd. 1, S. 383 ff., zitiert nach: *Abhandlungen*, S. 297 ff., 313; *ders.*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, 1969, S. 114.

<sup>5</sup> *Loos*, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970; dazu u. a. *Engisch*, *Buchbesprechung*, *ZStW* 86 (1974), S. 943 ff.

<sup>6</sup> *Max Weber*, *Roscher, Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, in: *Winkelmann* (Hg.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre von Max Weber*, 3. Auflage, 1968, S. 1 ff., 132. Weitere Nachweise bei *Loos* (Fn. 5), S. 74 ff., 85 ff.; *ders.*, *Max Webers Wissenschaftslehre und die Rechtswissenschaft*, *JuS* 1982, S. 87 ff., 88 ff.

<sup>7</sup> *Loos* (Fn. 5), S. 86.

<sup>8</sup> *Loos* (Fn. 5), S. 87.

<sup>9</sup> *Loos* (Fn. 5), S. 87; auch *ders.*, *Hans Welzel (1904-1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht*, in: *ders.* (Hg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, S. 486 ff., 506.

<sup>10</sup> *Schreiber*, *Loos*, *Rechtstheorie*, 1980.

<sup>11</sup> *Schreiber*, *Loos* (Fn. 10), S. 60.

tation an, in der er sowohl die Lehre *Pufendorfs* von den *entia moralia* (den weder physischen noch psychischen, also den nicht-natürlichen Elementen verantwortlichen Handelns) vorstellt<sup>12</sup> als auch *Pufendorfs* Lehre von der Zusammengehörigkeit sittlicher Gebundenheit und Würde (*dignatio*).<sup>13</sup> Später verbindet *Welzel* die verantwortliche Person mit dem Sinn menschlicher Existenz:<sup>14</sup> Der „Bestand eines daseinstranszendenten, verpflichtenden Sollens“ soll „die Möglichkeitsvoraussetzung sinnvoller menschlicher Existenz“ sein,<sup>15</sup> eben weil sich ohne Aufgabe, die vor einer „von außen herantretenden ‚Instanz‘“ zu verantworten ist,<sup>16</sup> über die Existenz nur Kontingentes sagen lässt.

Aber wie gelangt die „verantwortliche Person“ zu ihrer Aufgabe? *Welzels* Antwort auf diese Frage klingt zumindest in ihrer Formulierung heute ein wenig antiquiert: Die Person erfährt von ihrer Aufgabe im „Gewissensruf“ als „das Innerwerden der Transzendenz in der Immanenz“.<sup>17</sup> Man muss diese sehr stark psychologisierend formulierte Aussage genau lesen: Die Person erfährt im „Gewissensruf“, dass es eine Aufgabe gibt; mehr sagt *Welzel* an dieser Stelle und auch an anderen Stellen nicht. Das Gewissen ist bei ihm keine Instanz, die gültige Normen produziert, sondern die sie vermittelt.<sup>18</sup> „Das Gewissen ist nicht der Ursprung des Sollens, sondern nur das Organ, es zu vernehmen,“<sup>19</sup> wie *Welzel* in einer scharfen Auseinandersetzung mit *Laun*<sup>20</sup> formuliert.<sup>21</sup> Dementsprechend wendet er sich auch gegen ein *Kant*verständnis, wonach die Autonomie des Vernunftwesens den Bestand objektiver Pflichten ausschließe;<sup>22</sup> die Pflichten sollen vielmehr sehr wohl objektive Pflichten sein, nämlich in der den Subjekten nicht verfügbaren Vernunft begründete Pflichten, wenn auch, wegen dieses Grundes, zugleich eigene, autonome Pflichten des *Vernunftwesens*, freilich auch nur eines solchen Wesens.<sup>23</sup>

Die Subjektivität des Erkenntnisaktes bei objektiv bestimmtem Erkenntnisgegenstand produziert eine „Antinomie“,<sup>24</sup> wenn der Akt trotz äußersten Be-

<sup>12</sup> *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts, Teildruck 1930; hier zitiert nach dem Nachdruck 1986 des vollständigen Drucks 1958, S. 19 ff; *ders.*, (Fn. 1), S. 132 ff.

<sup>13</sup> *Welzel*, Die Naturrechtslehre (Fn. 12), S. 47; *ders.* (Fn. 1), S. 141; dazu *Loos* (Fn. 9) S. 507.

<sup>14</sup> *Welzel* (Fn. 1), S. 238 f.

<sup>15</sup> *Welzel* (Fn. 1), S. 239.

<sup>16</sup> *Welzel* (Fn. 1), S. 238.

<sup>17</sup> Wie Fn. 16. – Zum Gewissen bei *Welzel* siehe *Sticht*, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977), 2000, S. 239 ff; auch *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 229 ff.

<sup>18</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 311.

<sup>19</sup> Wie Fn. 18.

<sup>20</sup> *Laun*, Recht und Sittlichkeit, 3. Auflage 1935. Dazu *Schreiber*, Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte, 1966, S. 98 ff.

<sup>21</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 302 ff., 314.

<sup>22</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 304.

<sup>23</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 305.

<sup>24</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 309.

mühens<sup>25</sup> das Richtige verfehlt. *Welzel* optiert trotz der sittlichen Verpflichtung, einem „Gewissensspruch“ zu folgen,<sup>26</sup> für eine rechtliche Berücksichtigung der Leiden des Opfers einer solchen Gewissenstat.<sup>27</sup> Er ist überhaupt eher ein Gewissensskeptiker: „Es gibt nichts, in das der Mensch nicht sein Gewissen – und zwar ehrlich und ernsthaft – legen könnte.“<sup>28</sup>

Damit nähert *Welzel* seinen Begriff des Gewissens dem von *Hegel* als bloß *formell* bezeichneten Gewissen an: Ob das Gewissen „eines *bestimmten Individuums*“ der „Idee des Gewissens gemäß ist, ob das, was es *für gut hält* oder ausgibt auch wirklich gut ist, dies erkennt sich allein aus dem *Inhalt* des Gutseinsollenden.“<sup>29</sup> *Welzel* versucht, aus der reinen *Form*, nämlich dass es einen „Gewissensruf“ gibt, Konsequenzen materieller Art für das Recht zu ziehen, aber ein solcher Schluss setzt den Nachweis voraus, schon die bloße Form für sich sei wertvoll. Ob dieser Nachweis durch die Bindung der *Pflicht* an das Gewissen und die Entgegensetzung bloßen Zwangs erbracht ist, dürfte zu bezweifeln sein; denn zwischen Gewissenspflicht und äußerlich bleibendem Zwang liegt ein weites Feld. Das hat auch *Welzel* so gesehen, und deshalb soll sich der Staat auf die „elementare Regelung des Gemeinschaftslebens“ beschränken, und keine „Weltanschauungen“ durchsetzen wollen;<sup>30</sup> er soll also dafür sorgen, dass die Frage nach dem Gewissenhaften möglichst nicht gestellt werden muss. Mit anderen Worten, wie die Staatsreligion des *Hobbes* die *fides* nicht beansprucht, sondern sich mit der *confessio* begnügt,<sup>31</sup> so soll sich der Staat nach *Welzel* mit Regelungen begnügen, die sich mit oder ohne Gewissen, jedenfalls ohne Gewissensverstoß, äußerlich befolgen lassen. Damit wird freilich sein emphatischer, von „Gewissensruf“ und „daseinstranszendendem Sollen“ her entwickelter Pflichtbegriff für die Masse der alltäglich zu berücksichtigenden Rechtsnormen problematisch, genauer, er erscheint als Umweg. Gewiss, auch ein Recht, das sich auf das Elementare des Gemeinschaftslebens beschränkt, kann einen Gewissenskonflikt nicht völlig ausschließen; aber allein deshalb muss der Begriff der Rechtspflicht nicht vom Gewissen her entwickelt werden.

<sup>25</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 308 f.

<sup>26</sup> Wie Fn. 24.

<sup>27</sup> „Schutzfunktion“, *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 312; *ders.*, Strafrecht (Fn. 4), S. 177; dazu *Koriath* (Fn. 17), S. 230 f.

<sup>28</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 312.

<sup>29</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1820/21, in: *Moldenbauer* u. a. (Hg.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Werke, Bd. 7, 1970, § 137 Anm.

<sup>30</sup> *Welzel*, Gesetz (Fn. 4), S. 313.

<sup>31</sup> *Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, 1651, hier angeführt nach der Ausgabe von *Fetscher*, 1966, S. 340 (= 37. Kap. a. E.), 359 f. (= 40. Kap. eingangs); dazu *B. Willms*, Thomas Hobbes. Das Reich des Leviathan, 1987, S. 212 ff.



## II. Absolute Vernunft. Rechtsfähigkeit

Wenn das Recht seine Legitimität nicht von den vielleicht etwas diffusen Rändern, sondern vom klaren Mittelfeld beziehen könnte, liegt es liegt nahe, statt bei der Möglichkeit einer „Antinomie“<sup>32</sup> bei der Wirklichkeit der Vernunft anzusetzen; das führt zum Begriff der Person bei *Kant*. Bei ihm ist Person, wer zurechnungsfähig ist, und das ist jedes (und nur ein) Vernunftwesen: „Die moralische Persönlichkeit ist ... nichts anderes, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (...), woraus dann folgt, daß eine Person keinen anderen Gesetzen, als denen, die sie (entweder allein, oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist.“<sup>33</sup> Im Gegensatz zur Person steht die Sache: „Ein jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, heißt ... Sache.“<sup>34</sup> Aber was ist dann ein Angehöriger des Gesindes oder ein Kind (oder ein seelisch kranker Mensch)? *Kant* geht auf die Frage ein. Das Gesinde, so argumentiert er, bestehe aus Personen, weil ein Angehöriger als Nicht-Person nicht rechtlich gebunden sein könnte.<sup>35</sup> Was Kinder angeht, so sieht *Kant* überhaupt kein Problem: Die „Kinder, als Personen, haben ein ... Recht auf ihre Versorgung durch die Eltern,“ und zwar weil das von ihnen (den Eltern) „Erzeugte eine Person ist“, nicht nur ein „Weltwesen“, sondern ein „Weltbürger“, der ihnen nun auch nach Rechtsbegriffen nicht gleichgültig sein kann.“<sup>36</sup>

Wie zumindest das Beispiel der Kinder zeigt, versteht *Kant* die Personalität begründende Zurechnungsfähigkeit *virtuell*: Unabhängig vom aktuellen Entwicklungsstand kommt sie dem Menschen als Mensch zu (und diese Aussage wird man auch auf seelisch kranke Menschen erstrecken dürfen). Bei dieser Lage bietet es sich an, statt auf die *virtuelle* Zurechnungsfähigkeit auf die wirkliche Rechtsfähigkeit abzustellen: „Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit ... Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“, wie Hegel in den Grundlinien formuliert.<sup>37</sup> In Hegels Aussage flackert noch ein Widerschein der Definition zu Beginn des ersten Teils des Preußischen Allgemeinen Landrechts:<sup>38</sup> „Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt“, – man muss nur das „in so fern er ... Rechte ...genießt“ als ein „weil er zumindest einige Rechte genießt“ verstehen. Die solcherart in vernunftrechtlicher Absicht korrigierte Formel des ALR zeigt deutlicher als *Hegels* Formulierung, dass zwar ein Minimum der Personalität begründenden Substanz immer vorhanden ist, nämlich Rechtsfähigkeit, dass aber ansonsten

<sup>32</sup> Wie Fn. 24.

<sup>33</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Auflage 1798, in: *Weischedel* (Hg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Bd. 4, 1963, S. 305 ff., 329 f. (= B 22).

<sup>34</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 330 (= B 22).

<sup>35</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 396 (= B 117).

<sup>36</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 393 f. (= B 111 f.).

<sup>37</sup> *Hegel* (Fn. 29), § 36.

<sup>38</sup> Th. I. Tit. I. § 1 ALR

die Wirklichkeit der Person quantitativ variieren kann, und zwar erheblich. Beispielhaft, das neugeborene Kind, das nichts „hat“ als das ihm von *Kant* zugesprochene positive Recht auf Aufzucht, Bildung eingeschlossen, sowie den negativen Anspruch gegen jedermann, nicht verletzt zu werden, und der vermögende „Hausherr“<sup>39</sup>, der vielleicht noch zudem als Inhaber eines Amtes in öffentlichen Angelegenheiten maßgeblich entscheiden kann, sind beide Personen, aber das Kind ist nur in einem kleinen Zipfel der bürgerlichen Gesellschaft gegenwärtig, während derjenige, der viel vermag, der Welt als Person seinen Stempel aufdrücken kann. Übrigens hat *Kant* sehr wohl gesehen, dass das Maß der Persönlichkeit unterschiedlich groß sein kann, etwa wenn er den Täter schwerer Verbrechen der bürgerlichen (freilich nicht der angeborenen) Persönlichkeit entkleidet und in den Sklavenstand versetzt.<sup>40</sup>

Personen sind also Inhaber von Rechten und Pflichten.<sup>41</sup> *Nur so* gesprochen wären freilich weder *Kant* noch *Hegel* einverstanden: Es fehlt der Bezug zur Freiheit der Vernunftwesen. Der Bezug ließe sich leicht wieder herstellen, indem ein Relativsatz angehängt würde: Personen sind Inhaber von Rechten und Pflichten, die beide nach einem freiheitlichen Rechtsverständnis bestimmt werden. Wenn ich auf diesen Relativsatz verzichte und dadurch den Personbegriff in noch darzustellendem Umfang formalisiere, so aus zwei Gründe, die sich an dieser Stelle nur kurz und deswegen mutmaßlich auch nur missverständlich formulieren lassen.

*Erstens* ist es allein mit dem Begriff „Freiheit“ heute nicht mehr getan. Er muss nicht nur als Privatautonomie und als Recht zur Mitwirkung bei politischen Entscheidungen entschlüsselt, sondern auch um das Recht auf die Bedingungen der Freiheit ergänzt werden, etwa auf Bildung, Sicherheit, Teilhabe am Wohl. Freiheit als ein Status ungebildeter und ungesicherter Habenichtse in einer Welt reicher und sicher lebender Gebildeter ist ein Zynismus. Die moderne Grundrechtsdogmatik mit ihren notwendigen Verzweigungen und Verästelungen, mit den ebenso notwendigen wechselseitigen Beschränkungen und wiederum deren Beschränkungen, aber auch mit ihren teils sehr zeitgebundenen, besser: kurzzeitgebundenen Exzessen, etwa zum Grundrecht (Freiheitsgrundrecht!) auf informationelle Selbstbestimmung, – diese Dogmatik lehrt, dass sich allein mit der Wiederholung des ersten Leitbegriffs der französischen Revolution, ohne Differenzierungen, die

<sup>39</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 395 (= B 115).

<sup>40</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 454 f. (= B 229 f.)

<sup>41</sup> Für *Luhmann* (Die Form Person, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung, Bd. 6, 1995, S. 142 ff.) ist die Person eine *Form* des Beobachtens von menschlichen Individuen: Von den komplexen Verhaltensmöglichkeiten werden einige als nicht-personal ausgeschlossen; man erwartet nicht, dass sie in der Kommunikation vorkommen werden. Die „Form ‚Person‘“ wird als „individuell attribuierte Einschränkung von Verhaltensmöglichkeiten“ bestimmt (S. 148). – Personen sind nach *Luhmann* keine Systeme (S. 146 f.), auch keine besonderen Objekte (S. 148), dienen freilich „der strukturellen Kopplung von psychischen und sozialen Systemen“ (S. 153). – Das mag soziologischen Erkenntnisinteressen adäquat sein. Rechtlich beschränkt (Pflichten) und erweitert (Rechte) Personalität „Verhaltensmöglichkeiten“, indem es den Code des individuellen Bewusstseins (etwa: Lust/Unlust) durch einen normativen Code ersetzt. Eingehender *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Auflage, 2008, S. 28 ff., 31 ff., 37 ff. 43 ff. und öfter.

zumeist auch anders ausfallen könnten, kein Zielprogramm einer postindustriellen Gesellschaft formulieren lässt. Nicht zufällig lautet einer der Hauptbegriffe der Staatsrechtslehre heute „Abwägung“.

*Zweitens:* Das Zielprogramm hat nicht nur an Schneidigkeit verloren, sondern hatte bereits im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts auch seine Vernunftschlüssigkeit eingebüßt. Wenn sich der Neukantianismus wertrelativistisch verhielt – und auch *Weber* bezieht, wie *Loos* gezeigt hat, seinen Wertrelativismus aus dieser Quelle –, so ja nicht aus Desinteresse an der Wertwirklichkeit, sondern wegen der Unmöglichkeit, eine solche Wirklichkeit im nunmehr leitenden Theorierahmen überhaupt unterbringen zu können. Daran hat sich bis heute nichts geändert: Wertungen werden in Diskursen, Abstimmungen und sonstigen Verfahren festgezurr, aber nicht per Vernunft hergeleitet.

Es dürfte kein Zufall sein, dass nach der Katastrophe des Zweiten Weltkrieges nochmals eine Ableitung aus der Vernunft versucht wurde: Es ist der Schrecken über zerstörerische soziale Kräfte, die – wie *Nietzsche* es für die griechische Antike formuliert hat – die Vernunft als „Gegentyrann“<sup>42</sup> erstarken lässt. Dieser *Wille*, eine Bindung an etwas Absolutes zu finden, schimmert ab und an selbst bei *Kant* durch, etwa in der Metaphysik der Sitten, Einleitung, wenn die „Idee und ... Notwendigkeit einer Metaphysik der Sitten“ in der Abwehr aposteriorischer Glückseligkeitslehren gewonnen wird:<sup>43</sup> Vernunft als „Gegentyrann“ gegen die Zersetzungen der Aufklärung.

Das dürfte für die meisten Ohren geradezu ungeheuerlich klingen, frevelhaft, und soll deshalb in der hier gebotenen Knappheit erläutert werden.<sup>44</sup> *Kant* wertet (in seinen Augen) die Glückseligkeitslehre ab, da sie nur *hypothetische* Imperative bietet; *kategorisch* gebiete allein die Vernunft. Letzteres ist schon deshalb zu bezweifeln, weil auch sittliche Leistungen vom Kontext abhängen; beispielhaft, ob etwa eine milde Gabe dem Wohl des Empfängers dient oder ihn hauptsächlich bloßstellt,

<sup>42</sup> *Nietzsche*, Götzen-Dämmerung oder Wie man mit dem Hammer philosophiert, zitiert nach *Colli* u. a. (Hg.), Friedrich Nietzsche. Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden, Bd. 6, 1980, S. 55 ff., 71 f. (= Das Problem des Sokrates, 9 f.). – Speziell auf *Kant* bezogen *ders.*, Der Antichrist. Fluch auf das Christentum, a. a. O. S. 165 ff., 176: „Woher das Frohlocken, das beim Auftreten *Kants* durch die deutsche Gelehrtenwelt gieng, ... woher die deutsche Überzeugung, ... dass mit *Kant* eine Wendung zum *Besseren* beginne? Der Theologen-Instinkt im deutschen Gelehrten errieth, *was* nunmehr wieder möglich war ... Ein Schleichweg zum alten Ideal stand offen, der Begriff ‚*wahre Welt*‘, der Begriff der Moral als *Essenz* der Welt (...) waren jetzt wieder, dank einer verschmitzt-klugen Skepsis, wenn nicht beweisbar, so doch nicht mehr *widerlegbar*.“ – Mit der These der Monografie von *Adam*, Despotie der Vernunft, Hobbes. Rousseau. *Kant*. Hegel, 2. Auflage, 2002, deckt sich das angedeutete Problem nur (aber immerhin) teilweise: *Hobbes* kennt keine *Vernunft* im Sinne von *Kant* und *Hegel*, sondern nur einen kalkulierenden *Verstand*. Diese Differenz wird bei *Adam* nicht deutlich, obgleich er die unterschiedlichen Argumentationsansätze von einerseits *Hobbes* und andererseits *Kant* und *Hegel* sehr wohl sieht (zusammenfassend S. 283 f.).

<sup>43</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 319 ff. (Überschrift!) (= B 7 ff.).

<sup>44</sup> Zum Folgenden *Jakobs*, Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit, in: *Höver* (Hg.), Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität, 1999, S. 5 ff., 18 f.

lässt sich nur im Blick auf die weiteren sozialen Zusammenhänge entscheiden,<sup>45</sup> durchaus vergleichbar den wechselnden Bedingungen der Glückseligkeit, und der Lustzusammenhang ist der Daimon des seine Lust verfolgende Wesen, kategorisch gebietend,<sup>46</sup> wie für das Vernunftwesen der Zusammenhang gemäß der Vernunft. *Kant* stellt also nicht auf *das* Kategorische ab, sondern auf *ein* kategorisch Geartetes, wobei die Vernunft als alle Vernunftwesen verklammerndes Band begriffen wird. Das bringt den Gewinn, nunmehr *soziale* Regeln an die Stelle kluger *individueller* Lebensgestaltung rücken zu können, bietet aber keine Begründung dafür, dass dieses Überspielen des Individuellen richtig wäre. Freilich dürfte das Überspielen unter der Annahme plausibel sein, die Konsequenzen *Hummeschen* Denkens gelte es unbedingt zu vermeiden.

### III. Reine Form

Bei der damit angekündigten Abstinenz von der Vernunft scheint sich nicht mehr sagen zu lassen, als dass eine Person verpflichtet ist, wenn und weil bei gegenteiligem Verhalten eine Sanktion gesollt ist, und berechtigt, wenn und weil ihr der Reflex dieser Pflicht zugerechnet wird oder, der eigentliche Fall einer Berechtigung, wenn und weil ihr eine Rechtsmacht verliehen ist, – bekanntlich die Aussage *Kelsens*.<sup>47</sup> „Gesollt“ ist eine Sanktion (und damit eine Person verpflichtet) immer dann, wenn sie (die Sanktion) formell korrekt abgeleitet werden kann.<sup>48</sup> Da es *Kelsen* nur um den reinen, förmlich-korrekten Zusammenhang geht, spielt die Leiblichkeit, Menschlichkeit der natürlichen Person nur eine abgeleitete Rolle: Das Recht knüpft an ihr Verhalten an. Die Person „hat“ nicht Rechtspflichten, sondern *ist* diese.<sup>49</sup> „Die sogenannte physische Person ist somit nicht ein Mensch, sondern die personifizierte Einheit der ein und denselben Menschen verpflichtenden und ermächtigenden Rechtsnormen“,<sup>50</sup> *nota bene*, bei *formell* korrekter Ableitung. Übrigens ist, wie *Loos* gezeigt hat, diese Aussage des Relativisten *Kelsen* in der Reinen Rechtslehre nicht gleich derjenigen des Relativisten *Max Weber*, – aber die Erkenntnisinteressen des Rechts-Normativisten *Kelsen* und des „verstehenden Soziologen“ *Weber* sind ja auch unterschieden.

<sup>45</sup> *Kants* Vernachlässigung dieses Kontextes wird an seiner Behandlung des Lügenverbots besonders deutlich: Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, 1797, in: Werke, Bd. 4 (Fn. 33), S. 635 ff.

<sup>46</sup> *Spinoza*, Tractatus Theologico-Politicus, 1670, in: *Ganlik* u. a. (Hg.), Tractatus etc., 1979, S. 470/471.

<sup>47</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960, S. 34 ff., 123 f., 130 ff., 139 f. – Zur Beschränkung des Sollens auf die *Sanktion* siehe *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 3 f. Fn. 9.

<sup>48</sup> Genauer: in einem Zusammenhang, in dem eine Grundnorm voraussetzen ist; *Kelsen* (Fn. 43), S. 196 ff. – Zu *Kelsens* Entwicklung der Grundnorm in der 1. Auflage der Reinen Rechtslehre siehe *Loos* (Fn. 5), S. 110 f. mit Fn. 132; auch *ders.*, Max Webers Wissenschaftslehre (Fn. 6), S. 92 f.

<sup>49</sup> *Kelsen* (Fn. 47), S. 177.

<sup>50</sup> *Kelsen* (Fn. 47), S. 178.

#### IV. Relative Vernunft

Einerseits eine Vernunftmetaphysik der Freiheit, andererseits die reine Form – sollte es dazwischen nichts anderes geben? Es gibt die Trampelpfade des alltäglichen Lebens, deren Verlauf sich zwar ändern ließe, aber nicht bei allen gleichzeitig; weniger metaphorisch, es gibt eine normative Grundstruktur der Gesellschaft, die sich nicht insgesamt auf einen Schlag in Frage stellen lässt. Daraus auf eine Verpflichtung zu schließen, ist unmöglich, wenn man bei den Extremen beginnt, etwa beim nationalsozialistischen Staat, und auch im Mittelfeld wird durch das Sein der Struktur kein Sollen *bewiesen* – insoweit folge ich *Weber* und *Kelsen* –, aber es kann doch sehr naheliegen, von einem Sollen *pragmatisch* auszugehen. Wer sich gegen dieses Sollen stemmt, ohne seine Gründe kommunikativ verständlich machen zu können, wird die Kosten eines Aussteigers zu tragen haben. In diesem Kernbereich der Normen lässt sich die Legitimitätsfrage nur theoretisch aufwerfen; praktisch wird schon derjenige in der Gesellschaft nicht leben können, der an der Antwort auf diese Frage auch nur zweifelt. Statt absoluter Vernunftgrundsätze gelten die Grundsätze einer zeitgebundenen Vernunft, mögen sie auch weitgehend auf geronnene Verstandesregeln hinauslaufen, die sich aktuell nicht verflüssigen lassen. Anders formuliert, es wird hier die in der Gesellschaft bereits „gegebene Semantik“ auf ihre Implikationen untersucht, dies aus der „pragmatischen Einsicht in die Veränderlichkeit gesellschaftlicher Plausibilitätsstandards.“<sup>51</sup>

Das ergibt gegenüber den Begriffen von *Kant* (und auch *Hegel*) erheblich – *sit venia verbo* – abgespeckte Begriffe von Verpflichtung und Person: Sie werden so genommen, wie sie alltäglich eingesetzt werden. Aber auch mit diesem – zugegeben – pragmatisch gewonnenen Material lässt sich die von *Welszel* entwickelte und von *Loos* übernommene axiomatische Verknüpfung von Person und Verpflichtung wiederholen: Nur Normen, die im Rahmen dessen bleiben, was Personen alltäglich fraglos als zu erbringende Leistung angesonnen wird, können als verpflichtende Normen und nicht nur als Zwang verstanden werden. Diese Verknüpfung gilt freilich relativ zu einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext, also nur für die Lage bei einer bestimmten normativen Verständigung,<sup>52</sup> nicht aber apriorisch; immerhin, relativ gilt sie. Dem zu erwartenden Einwand – ein von den Extremen her gewonnener Einwand –, im Namen der Gesellschaft könne auch Terror verübt werden, kann nur mit einer Retourkutsche begegnet werden: Es gibt auch Terror im Namen der absoluten Vernunft.

Durch die Relativierung wird die Möglichkeit einer Antinomie von Gesetz und Gewissen nicht aufgehoben, aber die Wahrscheinlichkeit wird doch verkleinert; denn der sich seiner Zeitgebundenheit bewusste Gesetzgeber wird – anders als der sich im Besitz des Absoluten Wahnende – gewissensrelevante Sachverhalte nur bei größter Dringlichkeit regeln. Ganz entsprechend wird der dem Recht Unter-

<sup>51</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002, S. VII.

<sup>52</sup> *Jakobs* (Fn. 41), S. 61 ff.

worfene, soweit er verständig ist, seinerseits die Relativität seiner Vernunftannahmen erkennen und sich um ein legales Verhalten bemühen. Kommt es aber zu einem Zusammenprall, so lassen sich dessen Folgen um so leichter regeln, als die Möglichkeit eines „Abschieds vom Prinzipiellen“ (*Odo Marquard*) bereits in den Blick gekommen ist; kurzum, mit relativer Vernunft kann man verständig umgehen.

## V. Anwendungen

### A. Grenzen der Rechtfertigung

„Verpflichtung“ und „Person“ werden bei dieser Sicht zu etwas „schwankenden Gestalten“, aber trotzdem lässt sich bei gründlicher Besinnung nicht nur Vages ausmachen, wie an einigen Beispielen verdeutlicht sei. – Es gehört zur normativen Struktur der modernen Gesellschaft, dass eine Person, und das ist heute jeder Mensch als rechtlich Daseiender, nicht zugunsten einer anderen Person getötet werden darf, es sei denn, sie sei selbst dafür verantwortlich, dass ihr Leben mit den Interessen der anderen Person kollidiert, oder sie habe einen Status inne, der eine besondere Opferpflicht begründet. Konkret, einen rechtswidrig Angreifenden darf man erforderlichenfalls töten (er ist verantwortlich), hingegen nicht denjenigen, dessen Organe für Transplantationen dringend benötigt werden. Gewiss lassen sich Kollisionen ausdenken, deren Entscheidung zweifelhaft ist,<sup>53</sup> aber die Grundstruktur ist klar. Nun ist bekannt, dass alltäglich aus diversen Gründen menschliche Leibesfrüchte abgetrieben werden und dass ab und an auch in der Geburt befindliche menschliche Wesen, die in diesem Stadium strafrechtlich bereits als Menschen gelten,<sup>54</sup> aus Gründen der Sorge um Leben und Leib der Mutter getötet werden. Nichts davon ist an dieser Stelle zu kritisieren, aber die Opfer werden bei solchem Vorgehen nicht als Personen behandelt, wie wohl auf der Hand liegt.<sup>55</sup> Dabei ist es eine sekundäre Frage, ob die Opfer überhaupt nicht Personen sein sollen oder zwar an sich schon, aber im konkreten Zusammenhang entpersonalisiert werden. – Man kann auch nicht einfach den Spieß umdrehen und argumentieren, offenbar müssten doch ab und an manche Personen zugunsten anderer Personen aus dem Leben gehen; denn von einem solchen Ansatz aus ließen sich Personen und Sachen nicht mehr unterscheiden und die Theorie des Rechts bräche zusammen.

Als weiteres Beispiel wähle ich den in den letzten Jahren viel behandelten Fall eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs, dass mitsamt der Besatzung und der

<sup>53</sup> Eingehender *Jakobs*, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 22 mit Fn. 46.

<sup>54</sup> Arg. § 217 StGB a. F.

<sup>55</sup> Streitig! Nachweise bei *Jakobs* (Fn. 53), S. 23 ff. mit Fn. 49 ff.; *ders.*, Rechtmäßige Abtreibung von Personen? JR 2000, S. 404 ff.

Passagiere abgeschossen werden muss, weil es anderenfalls in ein von tausenden Menschen belebtes Hochhaus gelenkt werden wird. (Ob Besatzung und Passagiere den Konflikt zu verantworten haben, was in der Tat vertreten wird,<sup>56</sup> lasse ich hier dahingestellt, da es allenfalls mittelbar zum Thema gehört.)<sup>57</sup> Ich widme mich einzig der Frage, ob, fehlende Zuständigkeit der Besatzung und der Passagiere für die Konfliktlage *unterstellt*, eine Opferung mit dem Begriff der Person verträglich ist. Der Ansatz verweist auf *Rousseau*: „Wer sein Leben auf Kosten der anderen erhalten will, muss es auch für sie hingeben, falls es sein muss.“<sup>58</sup> Für *Rousseau* folgt diese Pflicht zum Opfer aus dem Status des Bürgers; denn „jede(r) Teilhaber“ vollzieht im Gesellschaftsvertrag eine „totale Übereignung ... mit all seinen Rechten an die gesamte Gemeinschaft,<sup>59</sup> und die ursprüngliche Existenz verschwindet hinter – besser: in – der Existenz *nur* als Bürger.

Ob diese Argumentation mit dem Status des Bürgers heute trägt, hängt von der normativen Verfasstheit der Gesellschaft ab, und zwar nicht von einer postulierten, nur gedachten Verfassung, sondern von der wirklich orientierenden. In den freiheitlichen Staaten nach den Weltkriegen des vergangenen Jahrhunderts ist aber die Pflicht zum Opfer des eigenen Daseins für sich nicht freiwillig zur Verfügung stellende Personen immer mehr verkümmert, und zwar selbst bei Rollen, zu deren Bild sie zuvor gehörte (etwa Wehrpflichtige); mit anderen Worten, der politische Wille wird nicht als Allgemeinwille, als *volonté générale*, verstanden. Bei dieser Lage trifft die Annahme einer Opferpflicht in der skizzierten Situation *neben* die praktizierte normative Wirklichkeit der heute eben postheroischen Gesellschaft. In dieser Gesellschaft bleibt die Allgemeinheit für die Personen ein Äußerliches, dessen unwiderstehliche Notwendigkeit sie erkennen mögen, ohne sich aber mit ihm zu verbinden, also ohne über das Allgemeine zum Selbstverständnis zu gelangen. Als Beleg dafür: Längst bevor der skizzierte Konflikt auch nur annähernd auf eine bestimmte Person konkretisiert ist, wenden sich einige Personen erfolgreich (!) mit der Klage an das Bundesverfassungsgericht,<sup>60</sup> sie seien überstark belastet.<sup>61</sup> Man mag diese Klage und mehr noch ihren Erfolg für den Ausdruck nur dürftiger Personalität halten, aber dürftige Gemeinsamkeit produziert nun einmal nur dürftige Personen, die eine Opferpflicht nicht verstehen. Mit anderen Worten, wenn ein

---

<sup>56</sup> Insbesondere *Köhler*, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, in: *Hoyer* u. a. (Hg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 257 ff., 266; *Hirsch*, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, in: *Hettinger* u. a. (Hg.), Festschrift für Wilfried Küper, 2007, S. 149 ff., 160 f.

<sup>57</sup> Eingehender dazu *Jakobs* (Fn. 53), S. 25 ff.

<sup>58</sup> *Rousseau*, Du Contrat Social, 1762, zitiert nach *Weigand* (Übers.), *Rousseau, Staat und Gesellschaft*, 1959, II/5. - Eingehend dazu *Panlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, S. 1045 ff., 1052 ff.

<sup>59</sup> *Rousseau* (Fn. 58), I, 6.

<sup>60</sup> BVerfG 115, S. 118 ff.

<sup>61</sup> Dazu insbesondere *Isensee*, Leben gegen Leben, in: *Panlik* u. a. (Hg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 205 ff., 220 ff.; *Hillgruber*, Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“, JZ 2007, S. 209 ff., 216 f., 217 f.

solcherart entscheidendes Verfassungsgericht zur normativen Struktur der Gesellschaft gehört, dann gewiss nicht eine Opferpflicht!

Die Zahl der Unbeteiligten in dem abzuschießenden Flugzeug mag bis auf einen reduziert und die ohnehin nur noch verbleibende Lebensfrist auf ein paar Sekunden verkürzt werden – das Dilemma bleibt und lehrt wie auch der wohl viel weniger fiktive Fall der Perforation, dass sich nicht alle Konflikte nach Rechtsregeln lösen lassen. Man mag erwidern, die rechtliche Lösung bestehe dann eben darin, *nicht* einzugreifen. Im Fall der Perforation wie auch im Fall der Flugzeugentführung wird das heißen, dass *alle*, Mutter *und* Kind, oder Passagiere, Besatzung *und* die im ausersehenen Hochhaus Anwesenden, zu sterben haben, – fiat justitia, pereat mundus. An einem *solchen* Recht wird sich wohl kaum jemand orientieren. *Orientierende* Rechtlichkeit ist nur unter Bedingungen zu verwirklichen, die nicht sämtlich immer auch vorliegen; fehlt eine Bedingung, so ist um eine Exklusion von Personen nicht herumzukommen, und es stellt sich die Frage nach dem Recht zu dieser Rechtswidrigkeit (*Lubmann*<sup>62</sup>), also nach der Ausnahme.

### B. Kognitive Untermauerung

Die genannten Beispiele – zur Abtreibung, zur Perforation und zu § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes in alter Fassung – zeigten bereits die Möglichkeit, Leibesfrüchte oder Menschen nicht in den Kreis der Personen zu inkludieren oder sie jedenfalls unter gewissen Bedingungen zu exkludieren. In diesen Fällen wird der Status einer Person aus Gründen nicht erreicht oder wieder verloren, die für die Nicht-(mehr)-Person äußerlich sind, mit anderen Worten, die ihr nicht zugerechnet werden können (wobei Zurechnung schon Personalität voraussetzen würde). Es ist aber auch möglich, dass eine Person ihren Status mehr oder weniger vollständig verspielt, ihn also aus zurechenbaren Gründen verliert.

Recht muss nicht nur erkannt und bestimmt, sondern auch verwirklicht werden. Das Recht ist wirklich, wenn es die gesellschaftliche Kommunikation leitet, und das heißt nicht etwa, es sei nur wirklich, wenn es befolgt wird, sondern es ist auch wirklich, wenn es zwar missachtet wird, diese Missachtung aber kommunikativ als Fehler behandelt wird, eben als *Missachtung*, und nicht etwa als gleichgültige Abwechslung. Beispielhaft, solange ein Dieb als Dieb behandelt, also wegen des Diebstahls verfolgt und, so man ihn erwischt, bestraft wird, leitet die Gültigkeit des Diebstahlsverbots die maßgebliche Kommunikation, mag auch der Dieb anderer Ansicht sein. Mit anderen Worten, normative Erwartungen können kontrafaktisch durchgehalten werden, aber das Durchhalten muss dann auch stattfinden; bei einem bloßen „Achselzucken“ lebt die Norm ab, und das ist umkehrbar: Lebt die Norm ohnehin ab, wird ihre Missachtung mit einem „Achselzucken“ registriert.

Das gilt nicht nur für die Norm selbst, sondern für jede normativ bestimmte Institution – ein Gericht, ein Beamter, eine Person. Auch eine Person kann kontra-

<sup>62</sup> *Lubmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? 1993, S. 23, 24.



faktisch als Person behandelt werden, und das geschieht bei jeder Strafverfolgung: Obwohl der Täter sich nicht pflichtgemäß, also nicht materiell personal, verhalten hat,<sup>63</sup> wird er als Person für diesen seinen Fehler in Anspruch genommen und muss – in einem weiten Sinn verstanden – Schadensersatz leisten.<sup>64</sup> Auch diese Inanspruchnahme muss wirklich stattfinden, wenn die Personalität erhalten bleiben soll. Wird beispielsweise bei jugendlichen Straftätern alles entschuldigt, werden sie als Personen nicht ernst genommen.

Die Lösung fällt differenzierter aus, wenn man die normative Lage *während* eines Delikts betrachtet, also etwa einen gegenwärtigen, rechtswidrigen (und schuldhaften) Angriff. Hier ist es nicht allein damit getan, die Erwartung, der Angreifer werde sich materiell als Person gerieren, kontrafaktisch tapfer durchzuhalten, vielmehr fehlt der Erwartung solchermaßen krass jegliche kognitive Untermauerung, dass sie aktuell nicht mehr zur Orientierung taugt, und der Angriff wird deshalb *kognitiv* angegangen, eben abgewehrt. Es mischen sich also normative und kognitive Orientierungsmuster: Der Angreifer ist und bleibt an sich Person und muss deshalb die Kosten der Abwehr des Angriffs tragen, eben alles zur Abwehr Erforderliche, freilich nur das, nicht etwa maßlose Eingriffe. Das ist die *normative* Orientierung. Aber es muss eben auch abgewehrt werden, das heißt, der Organisationskreis des Angreifers wird zwangsweise umgestaltet, fremdverwaltet, was mit der Personalität des Angreifers unverträglich ist, da, wie es *Feuerbach* unübertrefflich scharf formuliert hat, durch Zwang ein „vernünftiges Wesen nach Naturgesetzen“ bestimmt wird,<sup>65</sup> – die *kognitive* Seite.

Die nun einmal auch erforderliche kognitive Untermauerung der Norm *nach* der Tat erfolgt durch Strafe (wobei nicht behauptet wird, Strafe sei nichts anderes als diese Untermauerung);<sup>66</sup> die Untermauerung *bei* der Tat erfolgt durch Notwehr oder entsprechende polizeiliche Maßnahmen. Und was geschieht *vor* der zu erwartenden *nächsten* Tat? Es gibt auf diese Frage drei Antworten:<sup>67</sup> nichts – eine Verschärfung der Strafe für die bereits begangene Tat – die Verhängung von Maßregeln.<sup>68</sup>

Die erste Antwort („nichts“) ist diejenige *Kants*<sup>69</sup> und – mit manchen Einschränkungen – auch *Feuerbachs*<sup>70</sup>; nach ihnen leistet die etablierte bürgerliche Ge-

---

<sup>63</sup> *Jakobs* (Fn. 41), S. 88 ff.

<sup>64</sup> Eingehender *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 31 ff.

<sup>65</sup> *Feuerbach*, Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, 1796, Nachdruck 1963, S. 296 und öfter.

<sup>66</sup> Wie Fn. 64.

<sup>67</sup> Zum Folgenden *Jakobs* (Fn. 53), S. 35 ff.

<sup>68</sup> Zur Theorie der Maßregeln eingehend *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, 2004.

<sup>69</sup> *Kant* (Fn. 33), S. 366 (= B 73).

<sup>70</sup> *Feuerbach*, Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers, 1800, hier zitiert nach der (gekürzten) Wiedergabe bei *Vormbaum*, Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Bd. 2, 19. und 20. Jahrhundert, S. 11 ff., 16 (original S. 21); *ders.*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799, Nachdruck 1966, S. 39. – Siehe aber auch *ders.*, Revision S. 16 f., 19 ff.; *ders.* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Auflage, 1832, § 148. – Zu *Feuerbachs* Position eingehender *Dessecker* (Fn. 68), S. 39 ff.

sellschaft genügend Sicherheit und eine bloße „Gesinnung“ rechtfertigt „durchaus keinen wirklichen Zwang“.71 Nach dem bekannten Exempel *Kants* soll selbst „ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben)“, in einer solchen Gesellschaft verfasst werden können.72 Wie der dann erforderliche Überwachungsapparat auszugestalten ist, bleibt ein freilich ungelöstes und wohl auch unlösbares Problem, zumal ja auch die Überwacher ihrerseits überwacht werden müssen. Die Lösung, die *Fichte* vorgeschlagen hat,73 wirkt jedenfalls wie eine Karikatur.74

Die zweite Antwort („Reaktion auf die bereits begangene Tat mit einer qualifizierten Schuldstrafe“) hat *Köhler* kürzlich eindrucksvoll zu begründen versucht: „Habitualität“ der Verbrechensbegehung sei eine „Selbstfestlegung“ des Täters und erhöhe seine Schuld, da sie zum „Handlungs- und Haltungszusammenhang“ der Tat gehöre.75 Die Richtigkeit dieser Argumentation soll dahingestellt bleiben; denn jedenfalls verläuft sie retrospektiv und kann deshalb vielleicht in Einzelfällen, nicht aber prinzipiell, das kognitiv anzugehende Problem der *kommenden* Tat lösen. Nun behauptet *Köhler*, die prospektive Sicht sei unzulässig, da sie sich nicht an der Schuld des Täters orientiere, vielmehr ein „instrumentales Zweckkonzept“ verfolge, das für den Umgang mit einem „Mit-Subjekt“, also mit einer Person, unangemessen sei.76

Wenn das richtig wäre, ließen sich die Maßregeln als Schutz vor weiteren Taten gegenüber einem gefährlichen Täter nicht als *rechtliche* Reaktionen legitimieren; die Maßregeln wären – wie eine Perforation oder die Herbeiführung eines Kollateralschadens – Fälle einer exkludierenden Ausnahme. Nun soll an der erheblich exkludierenden, depersonalisierenden Wirkung etwa der Sicherungsverwahrung auch nicht gezweifelt werden, aber es handelt sich, anders als in den beiden zuvor behandelten Fällen, um eine Selbst-Exklusion; dies soll abschließend mit ein paar Strichen skizziert werden. – Wie schon dargelegt wurde, muss der Bestand normativer Institutionen kognitiv untermauert sein, wenn er potenziellen Opfern eines Fehlverhaltens eine verlässliche Orientierung bieten soll. Auch eine Person – ihrerseits eine normative Institution – muss also einigermaßen kognitiv verlässlich sein, wenn man sich an ihrer Personalität soll orientieren können. Dass ohne diese kognitive Sicherheit Normativität nicht zur Orientierung hinreicht, lehrt der Alltag:

71 *Feuerbach*, Ueber die Strafe (Fn. 70), S. 19 (original S. 29).

72 *Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Neue Auflage, 1796, in: *Weischedel* (Fn. 33), Bd. 6, 1964, S. 193 ff., 224 (= B 61). Dazu *Pawlik*, Kants Volk von Teufeln und sein Staat, in: *Byrd* u. a. (Hg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 14 (2006), S. 269 ff., 270 f.

73 *Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: *I. H. Fichte* (Hg.), Johann Gottlieb Fichtes sämtliche Werke, Bd. 3, o. J., S. 1 ff., 291 ff.

74 Siehe *Hegels* Spott: Differenz des Fichte’schen und Schelling’schen Systems der Philosophie, in: *Werke* (Fn. 29), Bd. 2, 1970, S. 84 ff.

75 *Köhler*, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregel durch die Strafgerechtigkeit, in: *FS Jakobs* (Fn. 61), S. 273 ff., 283, 287, 289. – *Köhler* geht es um eine *Schuldstrafe*. Die reine Zweckstrafe, genauer, Sicherungsstrafe, die – ohne Anflug eines tauglichen Begründungsversuchs – in den §§ 129 ff. StGB angedroht wird, rechtfertigt er nicht. – Zu diesen Strafen *Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, 2008, S. 25 ff.

76 *Köhler* (Fn. 75), S. 279.

Schon die bloße Gefahr, unter den Einwohnern einer kleinen Stadt möchten sich ein paar Langfinger befinden, bringt alle dazu, ihre Wohnungstüren abzusperrern, sich also kognitiv zu sichern. Das muss nicht weiter ausgemalt werden. Nun ist es in einer komplexen Kontakte anonymer Personen zulassenden Gesellschaft nicht möglich, das Problem generell durch „Einigeln“, eben *privatim*, zu lösen: Das hilft manchmal gegen Langfinger, aber hilft schon nicht mehr gegen hartnäckige Räuber, mit denen man deshalb – eben wegen Fehlens einer hinreichenden kognitiven Sicherheit – nicht zusammenleben kann. Freilich darf daraus nicht geschlossen werden, jeder müsse allzeit demonstrieren, er sei kein Räuber, kein Totschläger, kein Vergewaltiger etc., vielmehr ist *Kant* und *Feuerbach* insoweit zu folgen, als in einem wohlgeordneten Staat *prima facie* eine hinreichende kognitive Untermauerung bei Personen, mit denen man in Kontakt gerät, vermutet werden darf. Aber diese Vermutung kann durch schwere Verbrechen erschüttert oder gar widerlegt werden, und wenn das der Fall ist, hat sich die betreffende Person *selbst* (zumindest partiell) gesellschaftsunfähig gemacht.

Folgt man diesen Feststellungen, dann gilt es nur noch, eins und eins zusammenzuzählen: Wenn derjenige, der die zu seinen Gunsten bestehende Vermutung kommenden Legalverhaltens zerstört, sich (partiell) gesellschaftsunfähig macht, so muss jede Person die Obliegenheit treffen, für den Fortbestand der Vermutung zu sorgen, was heißt, keine schweren Verbrechen zu begehen. *Neben* das Unrecht des Verbrechens tritt die Störung durch die Obliegenheitsverletzung. Die Maßregeln – von der Entziehung der Fahrerlaubnis bei einer nur sehr partiellen Gesellschaftsunfähigkeit bis hin zur Sicherungsverwahrung bei sehr weit gehender Unfähigkeit –, diese Maßregeln sind ausbuchstabierte Erfordernisse gesellschaftlichen Bestands, die, und darauf kommt es an, die Person nicht als ein „instrumentales Zweckkonzept“ (*Köhler*)<sup>77</sup> überfallen, sondern von der Person selbst verantwortlich ausgelöst werden (und die Person kann die widerlegte Vermutung ja auch wiederherstellen). Gewiss ist eine Maßregel – wie jeder beschränkende (nicht helfende) Zwang – eine Depersonalisierung, aber wie im Fall der Notwehr und anders als im Fall der Abtreibung oder im Fall des Kollateralschadens bei der Terroristenbekämpfung handelt es sich um eine *Selbstdepersonalisierung*.

## VI. Schluss

Ich habe mit dem Axiom *Welzels* angefangen, die Sozialordnung müsse den Menschen als Person anerkennen, wenn sie anderes als schierer Zwang sein soll, nämlich einsehbare Pflicht. Das Postulat hat eine Kehrseite: Die Person muss ihrerseits die Sozialordnung im Großen und Ganzen anerkennen oder doch jedenfalls nicht konterkarieren; ansonsten bleibt der Gesellschaft nur Zwang.

---

<sup>77</sup> Wie Fn. 76.

*Loos* hat vor nicht langer Zeit an meinem kleinen Büchlein „Norm, Person, Gesellschaft“ zu Recht kritisiert, es fehle eine „Beschreibung der Konstitutionsbedingungen von Rechtlichkeit“.<sup>78</sup> Man mag meinen kleinen Vortrag als den Versuch verstehen, dieses Monitum sehr ernst zu nehmen und nicht nur nach den *begrifflichen* Konstitutionsbedingungen zu suchen, sondern hauptsächlich nach den Bedingungen der *Verwirklichung* des Begriffs, also den Bedingungen des *Daseins* des Rechts, und dieses Dasein ist allemal *bunter* als der Begriff.

---

<sup>78</sup> *Loos*, Literaturbericht (Fn. 3), S. 665 ff., 674.

# Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs

*Jörg-Martin Jehle*

## I. Formen der Privatisierung

Einem internationalen Trend folgend werden in Deutschland seit den 1970er Jahren immer mehr Bereiche, die bisher Teil der Verwaltung des Staates oder der Kommunen waren, in privatrechtliche Formen überführt oder ganz auf Private übertragen. Dies gilt vornehmlich für bestimmte Felder der Leistungsverwaltung, z.B. kommunal geführte Stadtwerke oder nationale Unternehmen wie die Deutsche Post oder Bahn, erstreckt sich aber zunehmend auch auf die sog. Eingriffsverwaltung.

Selbst der Bereich des Strafrechts bleibt davon nicht unberührt. Bei der Vollstreckung ambulanter Sanktionen sind bereits an vielen Stellen private Elemente eingebaut. So wird gemeinnützige Arbeit zum Teil bei privaten Arbeitgebern geleistet,<sup>1</sup> es gibt ehrenamtlich tätige Bewährungshelfer und darüber hinaus übernehmen freie Träger Aufgaben wie den Täter-Opfer-Ausgleich etc. Neuere Entwicklungen gehen allerdings weit über die traditionellen Formen hinaus. So ist beispielsweise in Baden-Württemberg die Durchführung der Bewährungshilfearbeiten vollständig einem privaten Träger übertragen worden.<sup>2</sup> Auch der Straf-

---

<sup>1</sup> dazu *W. Feuerhelm*, Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht, Wiesbaden, 1997, S. 83ff. u. 295ff.; *L. B. Kötter*, Private Elemente in der Strafvollstreckung, Frankfurt, 2004, S. 41ff..

<sup>2</sup> s. *G. Zwinger*, Durchführung der Bewährungs- und Gerichtshilfe in freier Trägerschaft für das Land Baden-Württemberg, in *A. Dessecker*, Privatisierung in der Strafrechtspflege, Wiesbaden, 2008, S.85ff.; *D. Sterzel*, Privatisierung der Bewährungs- und Gerichtshilfe, Edewecht, 2006; *W. Butz*,

vollzug setzt zunehmend auf die Mitwirkung privater Träger bzw. die Erfüllung bestimmter Aufgaben des Strafvollzugs wird Privaten überlassen.<sup>3</sup> Darüber hinaus können zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe verurteilte Drogenabhängige im Wege des sog. Vollstreckungsaufschubs gem. § 35 BtMG sich in eine Drogentherapie begeben und verbüßen gleichsam einen Teil ihrer Freiheitsstrafe in einer privaten Einrichtung.<sup>4</sup>

In einigen Bundesländern ist der für die Unterbringung psychisch kranker und alkohol- bzw. drogenabhängiger Straftäter vorgesehene Maßregelvollzug gemäß §§ 63, 64 StGB in der einen oder anderen Form privatisiert worden. Am Beispiel Niedersachsens soll diese Entwicklung nachgezeichnet und unter strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisiert werden.

Allgemein wird unter Privatisierung verstanden, dass staatliche Aufgabenerfüllung, die sich ausschließlich nach den Regeln des öffentlichen Rechts richtet, in den Bereich der privaten Aufgabenwahrnehmung verlagert wird, wobei Staatsvermögen oder bisher staatliche Aufgaben oder Leistungen bzw. deren Durchführung auf Private übertragen werden.<sup>5</sup> Als Hauptargument für diesen Schritt wird meist angeführt, dass privat organisierte Unternehmen oder private Dienstleister effizienter seien und damit kostengünstiger arbeiteten.<sup>6</sup>

Je nach Grad des verbleibenden Einflusses des Staates wird zwischen formeller und materieller Privatisierung differenziert. Bei der formellen Privatisierung oder Organisationsprivatisierung behält die betreffende Aufgabe ihren Charakter als öffentliche Aufgabe und die Verantwortung verbleibt beim zuständigen Träger der öffentlichen Verwaltung, die Institution wird allerdings in eine privatrechtliche Form (z.B. GmbH) umgewandelt.<sup>7</sup>

Die materielle Privatisierung bzw. Aufgabenprivatisierung ist dadurch charakterisiert, dass die Staatsaufgabe mit dem vollständigen Rückzug des Staates aus der Erfüllungsverantwortung endet und fortan von Privaten wahrgenommen wird.<sup>8</sup> Durch den Rückzug der öffentlichen Hand aus der Verantwortung verliert die Erfüllung der Aufgabe ihren Charakter als staatliche Aufgabe. Bezogen auf die Strafrechtspflege spielt die Aufgabenprivatisierung noch keine Rolle, weil die dorti-

---

Bewährt sich die Privatisierung in der Bewährungshilfe? - aus der Sicht der kritischen Praxis in Baden-Württemberg, DBH-Materialien, Köln, 2009, S. 1ff.

<sup>3</sup> z.B. zur Teilprivatisierung der hessischen JVA Hünfeld s. C. Wagner, ZRP 2000, 169, 171; Hessisches Ministerium der Justiz, Presseinformation v. 08.01.2007, Nr. 2, <http://www.hmdj.hessen.de>; R. Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, Köln/u.a., 2001.

<sup>4</sup> J.-M. Jehle, Drogentherapie im strafrechtlichen Rahmen – die Zurückstellungslösung der §§ 35, 38 BtMG, in H.-L. Kröber/D. Dölling/N. Leygraf/H. Saß (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Darmstadt, 2007, S. 349ff.

<sup>5</sup> vgl. A. Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, Darmstadt, 1996, S. 29; L. B. Kötter, (Fn. 1), S. 4.

<sup>6</sup> H.-M. Weber, Straffälligenhilfe, Staatlichkeit, Privatisierung, in R. Keicher/R. Anhorn (Hrsg.), Privatisierung als Chance?, Freiburg, 2005, S. 70; W. Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, 2009, § 25, Rn. 17.

<sup>7</sup> C. Gröpel, in T. Maunz/G. Dürig, GG, München, 2009, Art. 90, Rn. 78.

<sup>8</sup> M. Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Berlin, 2009, § 6, Rn. 95.

gen Tätigkeiten entweder als obligatorische Staatsaufgaben angesehen werden oder der politische Wille nicht auf einen vollständigen Rückzug gerichtet ist.<sup>9</sup>

Einen Mittelweg zwischen formeller und materieller Privatisierung stellt die funktionale Privatisierung dar, die auch als Vollzugs- oder Verfahrensprivatisierung bezeichnet wird. Im Falle einer funktionalen Privatisierung verbleibt lediglich die Aufgabenverantwortung in der öffentlichen Hand, die Durchführung der Aufgabe obliegt einem privaten Träger, wobei Verwaltungshelfer oder Beliehene die Ausführung der Aufgaben übernehmen.<sup>10</sup> Bei der Beleihung ermöglicht der Staat es Privatpersonen oder juristischen Personen des Privatrechts, das ansonsten ihm vorbehaltenes öffentlich-rechtliches Instrumentarium einzusetzen, also Verwaltungsakte zu erlassen oder die schlicht-hoheitlichen Handlungsformen einzusetzen. Die staatliche Erfüllungsverantwortung begrenzt sich auf die Einhaltung der unverändert geltenden verfassungsrechtlichen Bindungen an die Grundrechte, an die Staatsziel- und Schutzpflichtbestimmungen und an das Erfordernis demokratischer Legitimation, welches sich in Rechts- und Fachaufsicht ausdrückt. Für das Fehlverhalten eines Beliehenen haftet nach den Amtshaftungsgrundsätzen die staatliche Körperschaft, die ihm die jeweilige Aufgabe anvertraut hat.<sup>11</sup> Die Übertragung der Wahrnehmungsbefugnis hoheitlicher Aufgaben auf Private in Form der Beleihung bedarf stets einer gesetzlichen Ermächtigung.<sup>12</sup>

## II. Strukturwandel des Maßregelvollzugs

Der Maßregelvollzug befindet sich in einem Strukturwandel. Während die Anordnung einer Maßregel, ihre Überprüfung, Beendigung oder Aussetzung zur Bewährung und deren Widerruf in den §§ 63, 64, 67ff. StGB geregelt ist, unterliegen Ausgestaltung der Unterbringung und Durchführung des Maßregelvollzugs der Hoheit der Bundesländer und sind somit in den einzelnen Landesgesetzen geregelt. Die Durchführung des Maßregelvollzugs ist unbestritten eine staatliche Aufgabe, dennoch haben manche Landesgesetze vorgesehen, dass die Wahrnehmung dieser Aufgabe auf Private übertragen werden kann; und einige Länder haben tatsächlich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Die Zahlen sowohl der jährlich angeordneten Unterbringungen als auch der im Maßregelvollzug Untergebrachten sind in den letzten 10 Jahren enorm gestiegen. Die Zahl der nach §§ 63 und 64 StGB Untergebrachten ist in den alten Bundesländern und Gesamtberlin von 5495 im Jahre 1999 auf 9251 im Jahr 2009 angewachsen.<sup>13</sup> Für die Überfüllung des Maßregelvollzugs sind aber nicht allein die

<sup>9</sup> M. Burgi, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung, in A. Dessecker, (Fn. 2), S. 57.

<sup>10</sup> W. Erbguth, (Fn. 6), § 25, Rn. 19; L. B. Kötter, (Fn. 1), S. 5.

<sup>11</sup> M. Burgi, (Fn. 9), S. 58f.

<sup>12</sup> K. Bron, Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtages NRW, Maßregelvollzug, 2004, S. 16.

<sup>13</sup> Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.03., 2009, Fachserie 10, Reihe 4.1, Tab. 6.

vermehrten Anordnungen verantwortlich, vielmehr liegt ein maßgeblicher Grund darin, dass die durchschnittliche Verweildauer im Maßregelvollzug nach § 63, die zuvor auf etwa vier Jahre gesunken war, inzwischen wieder stark angestiegen ist. Dies hängt vermutlich mit den erhöhten Anforderungen an die Entlassungsprognose und der gesunkenen Bereitschaft, zugunsten der zu Entlassenden ein gewisses Risiko einzugehen, zusammen.<sup>14</sup> Damit verbunden ist eine stetige Steigerung der Unterbringungskosten; zudem wirkt sich die zunehmende Differenzierung diagnostischer und therapeutischer Angebote kostensteigernd aus. So stellt sich in Zeiten angespannter öffentlicher Haushalte schnell die Frage nach kostengünstigeren Lösungen in Form der Privatisierung des Maßregelvollzugs. Während noch vor wenigen Jahren der Maßregelvollzug ausschließlich in staatlichen Einrichtungen, seien es separate Maßregelvollzugseinrichtungen, seien es psychiatrische Landes- bzw. Bezirkskrankenhäuser, durchgeführt wurde, haben sich inzwischen verschiedene Formen der Privatisierung entwickelt, die von der reinen Organisationsprivatisierung in Form landeseigener Gesellschaften bis hin zur vollständigen Übertragung der Aufgabe auf private Träger reichen.

Charakteristisch für alle neu gefundenen Gestaltungsformen ist, dass jeweils nur ein Teil der Verantwortung für die Staatsaufgabe Maßregelvollzug an Private abgegeben wird, d.h. der Staat zieht sich zwar als Träger des Maßregelvollzugs zurück, behält aber die Gewährleistungs- und Steuerungsverantwortung. Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Brandenburg und Bremen haben die Überführung der landeseigenen Maßregelvollzugseinrichtungen in GmbHen mit gleichzeitiger Beleihung kombiniert. Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern haben die Aufgaben des Maßregelvollzugs auf der Grundlage eines Beleihungsaktes auf kommunale Träger übertragen, und auch Thüringen, Hamburg und zuletzt Niedersachsen (s.u. IX) haben sich einer Form der Beleihung bedient, um die Durchführung des Maßregelvollzugs zu privatisieren. Übergreifend für alle neuen Strukturen lässt sich festhalten, dass die Aufgabe des Maßregelvollzugs auf privatrechtlich organisierte Unternehmen übertragen wurde, die teilweise oder vollständig in privater Trägerschaft stehen, mit der Durchführung des Maßregelvollzugs beliehen werden und der staatlichen Steuerung und Aufsicht unterliegen. Der Maßregelvollzug in dieser Form kann also als ein funktional teilprivatisierter Maßregelvollzug bezeichnet werden.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> J.-M. Jehle, Rechtswirklichkeit der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, in H. Duncker/u.a. (Hrsg.), *Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven*. Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag, Lengerich/u.a., 2006, S. 211ff.

<sup>15</sup> J. Scherer, Vom staatlichen zum geregelten Maßregelvollzug, in G.H. Gronig/U. Kramer/U. Volkmann (Hrsg.), *Staat – Wirtschaft – Gemeinde*. Festschrift für W. Frotscher, Berlin, 2007, S. 617ff.



### III. Die Maßregeln als Teil des Strafrechts

Heute gelten die Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 63, 64 StGB unbestritten als Teil des Strafrechts. Im sog. Schulenstreit war jahrzehntelang über die von *v. Liszt* propagierte Schutzstrafe diskutiert worden, die den spezialpräventiven Zwecken der Besserung und Sicherung zum Schutz der Gesellschaft dienen sollte und der damit eine Art polizeilicher Gefahrenabwehrfunktion zugeschrieben werden konnte. Die strafrechtliche Integration dieser Schutzfunktion gelang mit der Konzeption von *Stoß*, der an der schuldabhängigen Strafe festhielt und ergänzend neben oder anstelle der Strafe sichernde Maßregeln vorsah, soweit dafür ein Schutzbedürfnis bestand. Mit dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933<sup>16</sup> wurden die Maßregeln erstmals im StGB verankert und mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz<sup>17</sup> mit Wirkung vom 01.01.1975 neu gefasst, ohne dass sich die Strukturen grundlegend geändert hätten.<sup>18</sup>

In der heutigen gesetzlichen Konzeption sind Strafen und Maßregeln in ihrer Funktion nicht mehr streng geschieden, da die Strafzumessung und Sanktionwahl stark von spezialpräventiven Erwägungen bestimmt ist,<sup>19</sup> die Freiheitsstrafe und ihre Vollstreckung insbesondere auch spezialpräventiven Zwecken dient. Darüber hinaus sind Strafen und Maßregeln bei der Anordnung und in der Vollstreckung vielfach mit einander verflochten. So setzt die Anordnung der hier nicht näher zu betrachtenden Sicherungsverwahrung die Verhängung einer Freiheitsstrafe voraus und in aller Regel wird mit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gleichzeitig eine Freiheitsstrafe verhängt. Lediglich bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wird die Maßregel in nennenswertem Umfang isoliert angeordnet. Ist die Maßregel nach §§ 63 oder 64 StGB neben einer Strafe angeordnet, wird sie regelmäßig vorweg vollstreckt (§ 67 I StGB). Infolge der Anrechnung der im Maßregelvollzug verbrachten Zeit auf die Freiheitsstrafe bis zur Erledigung von zwei Dritteln (§ 67 IV 1 StGB) ersetzt im Sinne des sog. Vikariierens die Maßregel die Strafe. Dies hat zur Folge, dass der Maßregelpatient, der nach § 67d II StGB aus dem Maßregelvollzug entlassen wird, direkt in die Freiheit gelangen kann, wenn zeitgleich die Vollstreckung des Rests der Freiheitsstrafe nach § 57 I StGB zur Bewährung ausgesetzt wird.

Mit Urteil vom 10.2.2004<sup>20</sup>, das zwei landesgesetzliche Straftäterunterbringungs-gesetze für verfassungswidrig erklärt hat, hat das Bundesverfassungsgericht alle staatlichen Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung jedenfalls auch aus der Anlasstat

<sup>16</sup> RGBl. I 1933, S. 995.

<sup>17</sup> 2. StrRG vom 04.07.1969, BGBl. I, S. 717.

<sup>18</sup> vgl. A. *Dessecker*, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, Berlin, 2004.

<sup>19</sup> vgl. G. *Schäfer*/u.a., *Praxis der Strafzumessung*, 4. Aufl., München, 2008.

<sup>20</sup> BVerfGE 109, 190, 211ff.

beziehen, mithin den gesamten Bereich der Maßregeln, zu Strafrecht im Sinne des Art. 74 I Nr. 1 GG erklärt.

#### IV. Gesetzliche Voraussetzungen für die Maßregelanordnung

Die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB können nur angeordnet werden, wenn vom Unterzubringenden die Gefahr der künftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten ausgeht.<sup>21</sup> Bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus muss diese Gefahr eine Folge fortdauernder psychischer Störung im Sinne der vier Fallgruppen des § 20 StGB sein und sich bereits in der Anlasstat derart niederschlagen haben, dass hierfür keine volle strafrechtliche Verantwortlichkeit bestanden, also Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit vorgelegen hat. Dem gegenüber kann die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auch bei voller Schuldfähigkeit angeordnet werden, wenn die Anlasstat auf einen Hang zum Rauschmittelkonsum zurückgeht und aus diesem zugleich die Gefahr künftiger erheblicher rechtswidriger Taten erwächst.

Zweck beider Maßregeln ist der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Taten der Untergebrachten. Im Falle von § 64 StGB darf dies ausschließlich im Wege der positiven Spezialprävention, also der Besserung, angestrebt werden: Das heißt, der Rauschmittelabhängige ist – innerhalb der Befristung – solange zu behandeln, bis die mit dem Hang zu Rauschmitteln verknüpfte Gefahr soweit abgeklungen ist, dass eine positive Legalprognose gestellt werden kann. Stellt sich heraus, dass dieser Besserungszweck nicht erreichbar ist, so ist die Unterbringung für erledigt zu erklären, oder besteht von vornherein keine hinreichend konkrete Aussicht auf Erfolg, muss die Anordnung gar völlig unterbleiben.<sup>22</sup>

Auch bei § 63 StGB soll durch heilende oder bessernde Einwirkung auf den Täter sowie durch seine Verwahrung die von ihm ausgehende Gefahr weiterer Taten abgewendet oder verringert werden (positive Spezialprävention). Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt jedoch eine Erfolgsaussicht der Therapie – im Unterschied zu § 64 StGB – nicht zwingend voraus, vielmehr kann – grundsätzlich unbefristet – notfalls lediglich der Sicherungszweck verfolgt werden (negative Spezialprävention). Die Unterbringung dauert daher fort, solange vom Untergebrachten die in § 63 StGB genannte Gefahr fortbesteht. Allerdings ist die Unterbringung, wenn eine Fehleinweisung vorliegt, also ein psychischer Defekt von vornherein nicht bestand, oder ein solcher inzwischen nicht mehr vorliegt, für erledigt zu erklären, § 67d VI StGB.<sup>23</sup> Diese besondere Art der Beendigung der Unterbringung zeigt aber, dass eine psychische Störung vorliegen muss, die Behandlung jedenfalls indiziert. Also ist auch bei der Unterbringung in einem

---

<sup>21</sup> zum Ganzen vgl. nur *H. Schöch*, in *SSW-StGB*, §§ 63, 64; *J.-M. Jehle*, (Fn. 14), S. 211ff.

<sup>22</sup> dies ergibt sich aus *BVerfGE* 91,1ff.; *NStZ* 1994, 578ff..

<sup>23</sup> vgl. dazu *J.-M. Jehle*, in *SSW-StGB*, § 67d, Rn. 21ff..

psychiatrischen Krankenhaus Besserung das entscheidende Mittel zur Erreichung des Schutzes der Allgemeinheit vor weiteren Taten (positive Spezialprävention).

Zuständig für die Anordnung der Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB ist das erkennende Gericht. Soweit deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, § 67b StGB, bleibt es für den weiteren Bewährungsverlauf zuständig. Ist dagegen die Maßregel zu vollstrecken, geht die gerichtliche Kontrolle auf die Strafvollstreckungskammer über.

## V. Die Vollstreckung der Maßregeln

Auch wenn die Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB gemäß § 138 I StVollzG i.V.m. den Landesmaßregelvollzugsgesetzen in Einrichtungen der Gesundheits- und Sozialverwaltung vollzogen werden, handelt es sich um eine Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen, die der justiziellen Kontrolle bedarf. So ist die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde an den Entscheidungen über Vollzugslockerungen beteiligt (s.u.); vor allem aber ist gemäß §§ 463 I, V, 462 StPO die Strafvollstreckungskammer für die entscheidenden Weichenstellungen der Maßregelunterbringung zuständig: die Entscheidungen, dass die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt (§ 67d II 1 StGB) oder die Maßregel für erledigt erklärt wird (§ 67d VI StGB). Zur Vorbereitung dieser Entscheidungen kann die Strafvollstreckungskammer jederzeit tätig werden, muss aber bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt innerhalb von 6 Monaten und in einem psychiatrischen Krankenhaus binnen eines Jahres prüfen, ob die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen ist, § 67e StGB.<sup>24</sup> Kommt eine Aussetzung in Betracht, ist – neben der Anhörung von Staatsanwaltschaft, Untergebrachten und der Vollzugsanstalt (§ 454 I 2 StPO) – ein Sachverständigengutachten einzuholen, das sich zu der Frage äußern muss, ob die Gefährlichkeit des Untergebrachten noch fortbesteht, §§ 463 III, 454 II StPO.

Die Aussetzung setzt die Erwartung voraus, dass der Untergebrachte außerhalb des Vollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird, § 67d II 1 StGB. In die erforderliche Prognosebeurteilung fließen vielfältige Faktoren ein, auch solche vom Maßregelvollzug mit beeinflusste, wie das Vollzugsverhalten und der soziale Empfangsraum. Besondere prognostische Bedeutung hat der therapeutische Erfolg<sup>25</sup>, der indes nicht nur von der Persönlichkeit des Untergebrachten abhängt, sondern maßgeblich davon, welcher Art und Intensität die Behandlung war, ob und inwiefern ihm die Chance eingeräumt wurde, sich bei Lockerungen zu bewähren. Insofern schaffen die behandelnden Personen unmittelbar die Basis, auf die sich eine günstige Prognose, mithin die Beendigung des Maßregelvollzugs, gründet. Ihre Darstellung zum Behandlungsverlauf und zu Therapiefortschritten

<sup>24</sup> J.-M. Jehle, in SSW-StGB, § 67e, Rn. 4; Fischer, StGB, § 67e, Rn 2.

<sup>25</sup> J.-M. Jehle, in SSW-StGB, § 67d, Rn. 7; H. Veh, in MüKo-StGB § 67d, Rn 23; Fischer, StGB, § 67d, Rn 10.

sowie ihre Einschätzung der Gefährlichkeit fließen zwangsläufig in die Stellungnahme der Anstalt gem. § 454 I 2 StPO mit ein; auch ein externes Gutachten wird sich auf die therapeutische Dokumentation der Behandler stützen. Behandlung unter den Zwangsbedingungen des Maßregelvollzugs stellt also das entscheidende Mittel dar zur Erfüllung des Unterbringungszwecks des Schutzes der Allgemeinheit durch positive Spezialprävention; zugleich schafft sie die Voraussetzung für Lockerungserprobungen und die vom Gericht zu verantwortende Entlassungsentscheidung.

## VI. Der Vollzug der Maßregeln

Der Maßregelvollzug hat im bisher in den meisten Bundesländern noch fortgeltenden Strafvollzugsgesetz nur eine kurze Erwähnung gefunden (§§ 136-138 StVollzG).<sup>26</sup> Nach den bislang vorliegenden Landesstrafvollzugsgesetzen sollen diese Regelungen auch künftig weiter gelten.

Der Bund hatte von seiner vor der Föderalismusreform bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit zum Strafvollzug, die nach BVerfGE 85, 134 auch den Maßregelvollzug umfasste, nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. §§ 136, 137 StVollzG legen im Wesentlichen die generellen Ziele und Aufgaben der Unterbringung gem. §§ 63, 64 StGB fest. Die Vollzugsziele (§§ 136 S. 2, 137 StVollzG) sind z.B. in Niedersachsen bedeutungsgleich auch in § 2 I 1 und 2 Nds.MvollzG enthalten. Im Übrigen beschränkt sich das StVollzG in § 138 I 1 darauf, die Regelung des Maßregelvollzugs grundsätzlich den Ländern zu überlassen, wenn Bundesregelungen nicht entgegenstehen. § 138 I 2, II und III StVollzG enthalten dann Regelungen zur entsprechenden Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes auch im Maßregelvollzug. Dabei handelt es sich um Regelungen zum Haftkostenbeitrag und zur Pfändbarkeit von Überbrückungsgeld und Entlassungsbeihilfe. Darüber hinaus gelten im Maßregelvollzug für das gerichtliche Verfahren die §§ 109ff. StVollzG entsprechend.

Systematisch gehört der Maßregelvollzug zum Strafvollzugsrecht wie auch die Maßregeln zum Strafrecht gehören.<sup>27</sup> Es handelt sich aber nur im weiteren Sinne um Strafvollzug. Der Vollzug wird nämlich nicht in Justizvollzugsanstalten, sondern in psychiatrischen Krankenhäusern durchgeführt. Diese sind nicht der Justizverwaltung mit dem Justizministerium an der Spitze unterstellt, sondern Teil der Gesundheitsverwaltung. In Niedersachsen untersteht der Maßregelvollzug dem entsprechend dem Niedersächsischen Ministerium für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit.

Der Maßregelvollzug wird in den Krankenhäusern ohne justizielle Beteiligung in Eigenregie durchgeführt. Dies gilt nicht nur für die Behandlung selbst, sondern

<sup>26</sup> vgl. dazu J.-M. Jehle, in H.-D. Schwind/A. Böhm/J.-M. Jehle/K. Laubenthal (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder, Vor §§ 136-138ff.; R.-P. Callies/H. Müller-Dietz, StVollzG, §§ 136-138.

<sup>27</sup> vgl. BVerfGE 85, 134.

auch für Zwangsmaßnahmen im Maßregelvollzug. Im Gegensatz dazu ist die *Vollstreckung* der Maßregel, auf die bereits näher eingegangen wurde, justizielle Aufgabe. Die Art und Weise der Durchführung des Maßregelvollzugs, insbesondere das Erzielen von Therapiefortschritten beim Untergebrachten, ist daher durchaus Vorbedingung für justizielle Entscheidungen, z.B. die bedingte Entlassung aus dem Maßregelvollzug gem. § 67d II 1 StGB.

Die Justiz ist in den meisten Bundesländern darüber hinaus an allen außenwirksamen Lockerungsentscheidungen, die unbeaufsichtigte Lockerungen betreffen (d.h. Freigang, Ausgang oder Urlaub), zu beteiligen. So ordnet z.B. § 15 V 1 Nds.MvVollzG an, dass bei diesen Lockerungsentscheidungen die Vollstreckungsbehörde zu hören ist. Wenn bei einer Unterbringung der Schutz der Allgemeinheit besonders zu beachten ist, setzt § 15 V 2 Nds.MvVollzG a.F. für den Urlaub, die neue Fassung darüber hinaus auch für Freigang und Ausgang die Zustimmung der Vollstreckungsbehörde voraus; das Nähere soll das Fachministerium im Einvernehmen mit dem Justizministerium regeln können (§ 15 V 3 Nds.MvVollzG).<sup>28</sup>

Die Wiederannäherung des Untergebrachten an die Freiheit vollzieht sich im Maßregelvollzug in aller Regel in Stufen. Dieses sog. Stufenmodell lässt die Untergebrachten zunächst auf einer hoch gesicherten Aufnahmestation beginnen. Von dort aus können sie sich Stufe für Stufe weitere Lockerungen, zunächst interner Art, d.h. die Verlegung auf eine weniger gesicherte Station, Wohngruppenvollzug usw., später auch außenwirksame Lockerungen „verdienen“. Das Modell soll dazu dienen, dass sich die Untergebrachten in den jeweiligen Stufen mit den ihnen eigenen Freiräumen erproben und bewähren können. Dabei kann sowohl mit Stufenanstieg auf Fortschritte als auch mit Rückstufung auf Rückschritte reagiert werden.<sup>29</sup>

## VII. Behandlung im Maßregelvollzug

Im Zusammenhang mit der Wiedererlangung der Freiheit, und sei es nur im Wege außenwirksamer Lockerungen, sind Behandlungserfolge im Vollzug von erheblicher Bedeutung.

Dies gilt zwar weniger für die *Unterbringung gem. § 64 StGB*. Diese Form der Unterbringung ist von vornherein zeitlich befristet (§ 67d I StGB). Darüber hinaus kann der Untergebrachte nicht nur durch Behandlungserfolge seine Unterbringung verkürzen oder beenden, sondern auch dadurch, dass er sich einer Behandlung gerade widersetzt. Eine Zwangsbehandlung ist in der Entziehungsanstalt nicht zulässig. Die Unterbringung ist nach § 67d V 1 StGB unter Berücksichtigung der

---

<sup>28</sup> krit. dazu H. Pollähne, in H. Kammeier (Hrsg.), *Maßregelvollzugsrecht*, 2. Aufl., Berlin, 2002, Rn. F 67; B. Volckart/R. Grünebaum, *Maßregelvollzugsrecht*, 7. Aufl., Köln, 2009, Teil III, Rn. 277, letzterer mit dem Verdikt „verfassungswidrig“.

<sup>29</sup> näher H. Pollähne, in H. Kammeier, (Fn. 28), Rn. F 22 m.w.N.; krit. zum Stufenvollzug z.B. B. Wagner, in H. Kammeier, (Fn. 28), Rn. D 27 m.w.N..

dazu ergangenen Entscheidung des BVerfG<sup>30</sup> abubrechen, wenn ihr Zweck aus Gründen, die in der Person des Untergebrachten liegen, nicht erreicht werden kann.

Allerdings hat sich auch in Bezug auf § 64 StGB der Druck auf den Patienten, Therapieerfolge zu erzielen, erhöht. Dies liegt insbesondere daran, dass es den Gerichten mittlerweile möglich ist, neben der Unterbringung gem. § 64 StGB den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung gem. § 66a StGB anzuordnen.<sup>31</sup> Für diese Option könnten sich Gerichte vor allem dann entscheiden, wenn sie von einer Sicherungsverwahrung nur wegen der Bereitschaft des Angeklagten, sich einer Suchttherapie zu unterziehen, abgesehen haben. Für den Fall des Misserfolgs der Suchttherapie ist dann ernsthaft zu befürchten, dass die Sicherungsverwahrung nach § 66a II StGB nachträglich angeordnet wird.

Doch auch ohne Anordnung gem. § 66a StGB kann in Fällen, in denen die Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Therapiebereitschaft des Angeklagten nicht und stattdessen die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet wurde, der Therapiemisserfolg erhebliche Risiken für den Untergebrachten mit sich bringen. Dies ist auf die Möglichkeit des § 66b StGB zurückzuführen. Die erforderlichen Nova liegen jedenfalls dann vor, wenn der Richter nur wegen der Therapiebereitschaft des Angeklagten von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abgesehen hat und sich nunmehr nachträglich herausstellt, dass eine Therapie, anders als bisher angenommen, keinen Erfolg verspricht.<sup>32</sup>

In verschärfter Form stellt sich für die Untergebrachten in der *psychiatrischen Unterbringung* das Problem dar, Behandlungserfolge erzielen zu *müssen*. Abgesehen von der Möglichkeit, die Maßregel bei Unverhältnismäßigkeit weiterer Vollstreckung bzw. bei Fehleinweisung für erledigt erklären zu lassen (§ 67d VI 1 StGB), gibt es nur einen Weg aus der Unterbringung: den über § 67d II 1 StGB. Die Aussetzung der Maßregel zur Bewährung nach dieser Vorschrift aber erfordert die Erwartung, „dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird“. Da andererseits Grund für die Unterbringung eine aufgrund eines Zustands im Sinne der §§ 20, 21 StGB bestehende Gefährlichkeit des Untergebrachten ist (vgl. § 63 StGB), wird in der Regel die erfolgreiche Behandlung dieses Zustands erforderlich sein, um entlassen werden zu können. Entsprechend ist das Vollzugsziel in der psychiatrischen Unterbringung die Heilung oder Besserung des Zustands bis zur Ungefährlichkeit des Untergebrachten (§ 136 S. 2 StVollzG, § 2 I 1 Nds.MvollzG). Darüber hinaus darf dieses Ziel im Maßregelvollzug auch im Wege einer Zwangsbehandlung verfolgt werden (vgl. z.B. § 8 I 2 und II 2 Nds.MvollzG).<sup>33</sup>

<sup>30</sup> BVerfGE 91, 1ff.

<sup>31</sup> vgl. *Fischer*, StGB, § 72, Rn. 7.

<sup>32</sup> speziell zur Konstellation einer gescheiterten Entzugstherapie BGH, NJW 2006, 384, 385f.; daneben auch BGH, NJW 2005, 2022, 2024.

<sup>33</sup> generell zur Reichweite einer solchen Eingriffsbefugnis *B. Wagner*, in *Kammeier*, (Fn. 28), Rn. D 141ff.; *B. Volckart/R. Grünebaum*, (Fn. 28), Teil III, Rn. 20ff. sowie krit. zur Verschleierung der

Auf dem Weg in die Freiheit ist es für den gem. § 63 StGB Untergebrachten zudem nötig, zur Vorbereitung einer positiven Entscheidung gem. § 67d II 1 StGB erfolgreich das Stufensystem durchlaufen und insbesondere auch außenwirksame, unbegleitete Lockerungen ohne Vorkommnisse bewältigt zu haben; die Lockerungen erfüllen insoweit eine regelrechte Erprobungsfunktion<sup>34</sup>. Dabei ist auch für Fortschritte im Stufensystem und erst recht für außenwirksame Lockerungen erforderlich, dass erste Behandlungserfolge belegbar sind. Insbesondere sind außenwirksame Lockerungen gem. § 15 I Nds.MvollzG nicht zuzulassen, solange Missbrauchsgefahr besteht, d.h. zu befürchten ist, dass der Untergebrachte sich selbst oder andere gefährden könnte.

### VIII. Grundrechtsrelevante Maßnahmen

Im Maßregelvollzug bedarf es daneben weit reichender Kompetenzen für Grundrechtseinschränkungen, die über die bloße Aufrechterhaltung der Unterbringung hinausgehen. Zudem sind Regelungen erforderlich, die sich maßgeblich mit der Planung der Unterbringung und insbesondere der Behandlung, auch im Hinblick auf eine künftige Entlassung des Patienten befassen. Im Grunde sind die Kompetenzen der Leitung des Maßregelkrankenhauses insofern mit den Kompetenzen der Anstaltsleitung im Strafvollzug vergleichbar. Als derartige Kompetenzen mit Grundrechtsbezug seien beispielhaft aus dem Nds.MVollzG neben der Behandlung selbst, auf die bereits eingegangen wurde, genannt: die Entscheidung über die Einweisung oder Verlegung in den offenen Vollzug (§ 5 IV), die Durchführung von Aufnahmeuntersuchungen (§ 6 I), die Aufstellung, Anpassung und Erörterung des Behandlungs- und Eingliederungsplans (§ 7), die Ansprüche des Untergebrachten auf weitere gesundheitliche Betreuung (§ 8 VII), die Berücksichtigung des Bedürfnisses nach Seelsorge bei Beschränkungen (§ 10 I), die Beschränkung der freien Verfügung über das Taschengeld (§ 11 S. 2), die Bildung von Überbrückungsgeld (§ 12 III 1), Verfügung über Eigengeld (§ 13 I 2), die Gewährung und Gestaltung von Lockerungen des Vollzuges und von Urlaub (§ 15), die Anwendung unmittelbaren Zwangs (§ 18 II), die Vorenthaltung oder den Entzug von Sachen sowie die Beschränkung des Erwerbs und der Verwendung von Sachen (§ 19 I), den Besitz, den Empfang, die Weitergabe und die Verwendung von Tonträgern (§ 19 III), die Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Aufzeichnungen und anderen Sachen (§ 19 V), die Einschränkung oder Untersagung von Besuchen einschließlich der Entscheidung über die Durchsichtung der Besucher und über die Überprüfung der von diesen mitgeführten Gegenstände (§ 20 I), den Ab-

---

Eingriffsbefugnis in dieser Norm durch das Aufstellen einer Duldungspflicht des Patienten, Teil III, Rn. 354ff.

<sup>34</sup> H. Pollähne, in Kammeier, (Fn. 28), Rn. F 141; vgl. auch J.-M. Jehle in SSW-StGB § 67d, Rn. 7; zur Bewährung unter Vollzugslockerungen als notwendiger Voraussetzung der Aussetzungsentscheidung BVerfG, NJW 1998, 2202, 2203; 2004, 739, 744; OLG Hamm, StV 1988, 115, 116.

bruch von Besuchen (§ 20 II 2), die Überwachung und Beschränkung des Schriftverkehrs und von Telefongesprächen sowie des Paketverkehrs, anderer Sendungen und anderer Arten der Nachrichtenübermittlung (§ 21), die Anordnung von Durchsuchungen der Untergebrachten (§ 22) und die Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen (§ 23 I 1 und 2).<sup>35</sup>

## IX. Die Privatisierung des Maßregelvollzugs in Niedersachsen<sup>36</sup>

Bis 2007 wurde der Maßregelvollzug in Niedersachsen ausschließlich in Landeskrankenhäusern durchgeführt. Diese Krankenhäuser wurden vom Land Niedersachsen als Landesbetriebe gem. § 26 LHO geführt. Die Bediensteten der Landeskrankenhäuser waren sämtlich Landesbedienstete, wobei allerdings Beamte im statusrechtlichen Sinne nur einen Teil der Bediensteten ausmachten. Finanziert wurde (und wird weiterhin) der Maßregelvollzug grundsätzlich aus dem Landeshaushalt, § 25 Nds.MVollzG. Dass psychiatrische Krankenhäuser nicht zwingend öffentliche Einrichtungen sein müssen, war in der Landesgesetzgebung schon länger vorgesehen worden. Das Nds.MvollzG bestimmte bereits in der Fassung von 1982, dass die Landesregierung die Aufgabe des Maßregelvollzugs auch entsprechenden Einrichtungen anderer Träger mit deren Zustimmung widerruflich übertragen kann und die Einrichtung insoweit der Aufsicht der zuständigen Behörde untersteht.<sup>37</sup> Das neue Nds.MvollzG trat am 02.02.2007 in Kraft. Insbesondere sieht es – trotz der im Gesetzgebungsverfahren dagegen erhobenen erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken – vor, dass der Maßregelvollzug grundsätzlich privatisiert werden kann. Es enthält Regelungen zur Rechtsform anderer Träger und zur Form der Übertragung durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag. Von einer Übertragung auf beliebige Private werden jedoch bestimmte, als besonders eingriffsintensiv erkannte Maßnahmen ausgenommen. Diese Vorbehaltsaufgaben<sup>38</sup> – zu denen nach dem Gesetz die Behandlung selbst *nicht* gehört – werden auch weiterhin von Landesbediensteten angeordnet. Hingegen ist die Durchführung der Maßnahmen nach der Intention des Gesetzgebers durch Bedienstete des privaten Trägers auf Weisung der Vollzugsleitung zugelassen

<sup>35</sup> Gem. der alten Fassung des Gesetzes. Nach der Neufassung kommen hinzu die Entscheidung über die Speicherung der in § 20 III genannten Daten, die Beschränkung des Zugangs zu Hörfunk und Fernsehen (§ 20 VI) und die Verarbeitung der Erkenntnisse aus der Überwachung (§ 21a). Die Auflistung entspricht unter Einschluss dieser neuen Eingriffsbefugnisse dem sog. Vorbehaltskatalog gem. § 3 I 4 Nds.MVollzG n.F., wobei derartige Anordnungen staatlich Bediensteten vorbehalten sind.

<sup>36</sup> Die Ausführungen beruhen im Wesentlichen auf einem Gutachten, das der Autor zusammen mit *W. Heun* für die Fraktionen der Sozialdemokratischen Partei und der Grünen im Niedersächsischen Landtag erstattet hat; insofern danke ich meinem Assistenten *Stefan Harrendorf* für substantielle Unterstützung. Das Gutachten war dann Grundlage eines Normenkontrollantrags an den Nds. Staatsgerichtshof, s.u. IX.3.

<sup>37</sup> § 3 I Nds.MVollzG vom 01.06.1982, Nds.GVBl., S. 131.

<sup>38</sup> vgl. die Aufzählung unter VIII.



(§ 5a S. 3 Nds.MvollzG). Der private Träger steht unter Rechts- und Fachaufsicht des Ministeriums.

Gemäß § 3 I 2 Nds.MvollzG wurde der Maßregelvollzug nunmehr auf verschiedene private Träger, teils gemeinnütziger, teils kommerzieller Art, übertragen. Im Frühjahr 2007 hat das Land acht Landeskrankenhäuser für einen Gesamterlös von 107 Mio. Euro an sieben verschiedene Träger veräußert.<sup>39</sup>

### 1. Zur finanziellen Entlastung

Der wesentliche Grund für die Entscheidung, die Trägerschaft der Landeskrankenhäuser aufzugeben, dürfte in finanziellen Erwägungen zu suchen sein, die durch die Entwicklung der Unterbringungszahlen im Maßregelvollzug entscheidend verstärkt worden sind. Dem Rückgang der Zahl der Gesamtbetten in der Psychiatrie, besonders auch in den Landeskrankenhäusern, im letzten Jahrzehnt stand die stetig anwachsende Zahl der Unterbrachten im Maßregelvollzug von 716 im Jahr 1999 auf 1231 im Jahr 2009<sup>40</sup> und die deutlich längere durchschnittliche Unterbringungsdauer<sup>41</sup> gegenüber. Die steigenden Belegungszahlen führten auch zu einem fortwährenden Anstieg der Unterbringungskosten. Die auch für die Zukunft als steigend prognostizierten Zahlen hätten in absehbarer Zeit erhebliche Investitionen in die (ehemaligen) Landeskrankenhäuser erforderlich gemacht. Insbesondere Neubauten erschienen unausweichlich. Zudem bestand zum Zeitpunkt der Entscheidung für eine Privatisierung des Maßregelvollzugs ein erheblicher Investitionsstau.

Entscheidendes Motiv für die Übertragung des Maßregelvollzugs auf nicht-staatliche Erwerber war also die Entlastung des Landeshaushalts. Ob dieses Ziel nicht nur kurzfristig durch die Veräußerungsgewinne (die viel geringer ausgefallen sind als anfänglich eingeschätzt), sondern auch mittel- und langfristig zu verwirklichen ist, darf bezweifelt werden. So zahlt das Land die vom neuen Träger getätigte Investition zur Unterbringungsplatzerweiterung in Form von Investitionszulagen – verteilt über mehrere Haushaltsjahre – wieder zurück. Darüber hinaus muss sich für die Unternehmer der Erwerb und Betrieb der ehemaligen Landeskrankenhäuser „rechnen“, d.h. die mit dem Erwerb verbundene finanzielle Investition muss sich amortisieren und – soweit die Träger nicht gemeinnützig sind – aus privatwirtschaftlichen Gründen Gewinn abwerfen. Dies ist nur möglich, wenn die Pflegesätze, und damit die Kosten für das Land, steigen oder wenn weniger bzw. weniger qualifiziertes Personal vorgehalten wird. Letzteres ist infolge der Bestimmungen des Beleihungsaktes für den Maßregelvollzug kaum möglich; daher liegt es in der betriebswirtschaftlichen Logik, die notwendigen (Personal-)Einsparungen im

<sup>39</sup> A. Dessecker, Privatisierung in der Strafrechtspflege, Wiesbaden, 2008, S. 23.

<sup>40</sup> Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.03., 2009, Fachserie 10, Reihe 4.1, Tab. 6.

<sup>41</sup> J.-M. Jehle, (Fn. 14), S. 211ff..

Bereich der Unterbringung nach PsychKG<sup>42</sup> zu erwirtschaften oder erhöhte Pflegesätze von den Kostenträgern einzufordern.

## 2. Zur Aufteilung in Landesbedienstete und Bedienstete des privaten Trägers

Das Personal im Maßregelvollzugs besteht nach der gesetzlichen Konzeption aus Landesbediensteten einerseits und Bediensteten des Trägers andererseits. Diese Landesbedienstetenstellen verteilen sich wie folgt: eine Chefärztin bzw. ein Chefarzt als Vollzugsleitung, eine Oberärztin bzw. ein Oberarzt als fachliche Stellvertretung, zwei weitere Ärztinnen/Ärzte (Stationsärzte), eine Sicherheitsbeauftragte bzw. ein Sicherheitsbeauftragter, eine forensische Pflegedienstleitung, eine pflegerische Stationsleitung für die Aufnahmestation sowie eine Stellvertretung für diese und sechs weitere Pflegekräfte für die Aufnahmestation.

Bereits kurz nach Erlass des Gesetzes hat sich abgezeichnet, dass die strukturellen und funktionellen Differenzierungen in vom privaten Träger einerseits und von Landesbediensteten andererseits zu verantwortende Bereiche zu Verwerfungen führen, die nicht dem Übergangsstadium geschuldet sind, sondern der rechtlichen und organisatorischen Struktur innewohnen.

Ganz generell ist mit dem vorgesehenen Personalschlüssel von Landesbediensteten pro Krankenhaus nicht zu gewährleisten, dass diese die ihnen gesetzlich zugedachten Aufgaben zu jeder Zeit erfüllt werden könnten. Abgesehen von der Leitungsebene und der Aufnahmestation sind für die konkrete tägliche Arbeit mit den Patienten zwei Stationsärzte (für mehrere Stationen) und eine Pflegedienstleitung vorgesehen. Damit lässt sich offensichtlich am Wochenende und im Nachtdienst nicht bewerkstelligen, dass die akut vor Ort vorzunehmenden ärztlich zu verantwortenden Maßnahmen, z.B. der Zwangsbehandlung oder des unmittelbaren Zwangs, stets von Landesbediensteten vollzogen werden. Dies ist auch dem Gesetzgeber bewusst gewesen. Das Dilemma wurde allerdings nicht – wie ursprünglich vorgesehen – mittels Ermächtigung der privaten Bediensteten zu bestimmten Zwangshandlungen, sondern so gelöst, dass die Landesbediensteten antizipierte allgemeine Weisungen für entsprechende Notfälle erlassen.

Diese Überforderung der wenigen Landesbediensteten wird zudem deutlich, wenn man bedenkt, dass von ihnen die maßgeblichen Weichenstellungen der Behandlung bis hin zur Entlassung verantwortet werden, nämlich die Aufstellung bzw. Anpassung des Behandlungs- und Eingliederungsplans, die Gewährung und Gestaltung von Lockerungen des Vollzugs und von Urlaub und – was in dem gesetzlichen Katalog nicht übertragbarer Aufgaben fehlt, aber zwingend dazu gehört – die Stellungnahmen im Hinblick auf die Aussetzungsentscheidung des Gerichts. Somit ist es für einen geordneten Klinikbetrieb unvermeidbar, dass das Personal

---

<sup>42</sup> Zeitgleich mit dem Nds.MVollzG wurde das PsychKG novelliert und infolge dessen auch die Durchführung der öffentlich-rechtlichen Unterbringung auf Private übertragen.

des Trägers die den Landesbediensteten vorbehaltenen Aufgaben zum Teil übernimmt.

Wenn man darüber hinaus richtigerweise den gesamten Bereich der Behandlung zum Kernbereich des Maßregelvollzugs und damit zur Verantwortungssphäre von Landesbediensteten zählt, weil die Behandlung dem Maßregelzweck der Spezialprävention dient, mit direktem oder jedenfalls indirektem Zwang für die Unterbrachten einhergeht und maßgeblich die Dauer der Freiheitsentziehung bestimmt, so bleibt kein Raum mehr für eine Aufteilung in zwei Arten ärztlichen und pflegerischen Personals.

### 3. Zur verfassungsrechtlichen Problematik

Eine verfassungsrechtliche Klärung der Zulässigkeit einer Privatisierung des Maßregelvollzugs durch das BVerfG hat bislang nicht stattgefunden. Nachdem sich in Schleswig-Holstein ordentliche Gerichte<sup>43</sup> mit solchen Zulässigkeitsfragen befasst hatten, wurde das Nds.MVollzG im Wege einer Normenkontrollklage verfassungsrechtlich überprüft.<sup>44</sup>

Die Antragsteller<sup>45</sup> trugen zur Begründung im Wesentlichen vor: Das Maßregelvollzugsgesetz verstoße gegen Art. 60 S. 1 der Niedersächsischen Verfassung. Bei der Auslegung dieser Vorschrift könne man wegen der wörtlichen Übereinstimmung mit Art. 33 IV GG die zu letzterem ergangene Rechtsprechung und die Literatur heranziehen. Art. 60 S. 1 NV enthalte einen sog. Funktionsvorbehalt für Beamte, wonach die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse jedenfalls als ständige Aufgabe und in der Regel von Beamten wahrzunehmen sei. Die Vorschrift sei schon deshalb als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, weil hoheitliche Aufgaben ihre Eigenart nicht dadurch verlören, dass der Staat sie im Wege der Beleihung auf Gesellschaften des Privatrechts übertrage. Den beliehenen Gesellschaften werde die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Sinne des Art. 60 S. 1 NV übertragen. Der Maßregelvollzug werde schon aufgrund der Beleihung in den Formen des öffentlichen Rechts durchgeführt. Er weise eine hohe Grundrechtsrelevanz auf, da die Betroffenen einer zeitlich u.U. unbefristeten Freiheitsentziehung unterworfen seien und gegen sie zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in den Krankenhäusern und zur Erzielung des Behandlungsziels schwerwiegende belastende Anordnungen ergingen, die notfalls mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt würden. Funktionale Erwägungen stützten dieses Ergebnis, weil der Maßregelvollzug permanent aufrecht erhalten werden müsse, wegen der Grundrechtsrelevanz in besonderer Weise auf die Gewährleistung und Sicherung rechtsstaatlicher Garantien angewiesen sei und die Personalauswahl deshalb nicht völlig außerhalb demo-

<sup>43</sup> AG Flensburg, Beschl. v. 13.01.2005 - Az.: 2 AR 6/05 -, BA S. 5; LG Flensburg, Beschl. v. 02.03.2005 - Az.: 6 T 1/05 -, BA S. 8; OLG Schleswig, NJOZ 2006, 907, 909f.

<sup>44</sup> Urteil des Nds.StGH 2/07, v. 05.12.2008; [http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C51936412\\_L20.pdf](http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C51936412_L20.pdf).

<sup>45</sup> s. (Fn. 36).

kratischer Kontrolle stattfinden dürfe. Selbst wenn man sich einer engen Auffassung anschließen und den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 60 S. 1 NV auf den Bereich der Eingriffsverwaltung beschränken würde, ergäbe sich angesichts der belastenden Vollzugsmaßnahmen kein anderes Ergebnis. Mit der Einschränkung auf den Regelfall verdeutliche Art. 60 S. 1 NV, dass die Aufgaben in Ausnahmefällen auch durch Angestellte wahrgenommen werden könnten. Selbst wenn man nicht nur einzelfallbezogene, sondern bereichsspezifische Ausnahmeregelungen zulasse, sei die Wahrnehmung der Befugnisse beim Vollzug der Unterbringung wegen ihrer Grundrechtsrelevanz und ihres Zwangscharakters nicht für eine Ausnahmeregelung geeignet. Ein tragfähiger Grund, der eine Ausnahme rechtfertigen könne, sei nicht ersichtlich. Die Übertragung der Aufgabe beim Vollzug der Unterbringung sei notwendiger Baustein auf dem Wege der Privatisierung der Landeskrankenhäuser gewesen, die maßgeblich mit dem Ziel der Haushaltsentlastung erfolgt sei. Finanzielle Erwägungen aber könnten gerade in Bereichen mit hoher Grundrechtsrelevanz eine Ausnahme vom Funktionsvorbehalt nicht rechtfertigen.

Das Gericht ist dieser Argumentation nur teilweise gefolgt. Es stellt fest: „Der Anwendungsbereich des Art. 60 S. 1 NV ist nicht auf die Binnenstruktur des öffentlichen Dienstes in der Landes- und Kommunalverwaltung beschränkt, sondern erfasst die Wahrnehmung aller Aufgaben, die als Ausübung hoheitlicher Befugnisse zu qualifizieren sind, also auch durch beliebige Private. Die den privaten Trägern der Krankenhäuser durch die angegriffenen Vorschriften überantworteten Aufgaben sind als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu qualifizieren. Die Ausübung der übertragenen hoheitlichen Befugnisse durch die privaten Träger und ihrer Bediensteten erfolgt auch als ständige Aufgabe. Die Übertragung der Aufgaben auf die Beliehenen ist jedoch als Ausnahme vom in Art. 60 S. 1 NV angeordneten Regelfall durch die in §§ 19 I und II NPsychKG, 2 Nds.MVollzG festgelegten Ziele der Unterbringung und die besonderen Eigengesetzlichkeiten der ärztlichen Versorgung in den Krankenhäusern sachlich gerechtfertigt.“ Letzteres begründet das Gericht mit knappen Ausführungen: Neben dem Schutz der Allgemeinheit (§ 2 I 3 Nds.MVollzG) sei der Maßregelvollzug durch eine Mehrzahl von Zielen gekennzeichnet, die in § 2 Nds.MVollzG als „Grundsätze“ festgelegt sind. Nach Abs. 1 stehe bei der Unterbringung die Heilung des Untergebrachten oder zumindest die Besserung seines gesundheitlichen Zustands im Vordergrund. Nach Abs. 2 solle der Vollzug der Unterbringung so weit wie möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen angeglichen werden und den Untergebrachten auf eine selbständige Lebensführung vorbereiten. Seine familiäre, soziale und berufliche Eingliederung solle gefördert werden. Mit dieser Zielsetzung weise der Maßregelvollzug gegenüber den hoheitlichen Aufgaben, die zum Kernbestand des Staates gehören und sich deshalb einer Übertragung auf Beliebige entziehen, Besonderheiten auf, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme von dem in Art. 60 S. 1 NV statuierten Grundsatz und damit eine funktionelle Teilprivatisierung zu rechtfertigen vermögen.

Auch *Burji* meint, dass im Aufgabenfeld des Maßregelvollzugs bereits erlassene Beileihungsgesetze im Grundsatz mit Art. 33 IV GG vereinbar sind – aufgrund der deutlich anderen, stärker durch medizinisch-therapeutische Umstände geprägten Aufgabenstellung des Maßregelvollzugs und mithin einer deutlich schwächeren Prägestkraft der bewachenden Tätigkeiten als im Aufgabenfeld des Strafvollzuges.<sup>46</sup>

Nach dem oben (s. III. bis VI.) Ausgeführten kann diese Begründung nicht überzeugen. Denn auch die Tatsache, dass der Maßregelvollzug – wie übrigens auch der Strafvollzug – zugleich den Zweck der Resozialisierung und Reintegration in die Gesellschaft verfolgt, ändert nichts daran, dass es sich um außerordentlich schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt. Selbst soweit man einzelne Maßnahmen, die zur Behandlung dienen, nicht als klassische Eingriffe in die Grundrechte des Einzelnen qualifiziert, bleibt eine hohe Grundrechtsrelevanz erhalten, da eine erfolgreiche Behandlung Voraussetzung dafür ist, dass die Behandelten wieder in die Freiheit entlassen und in die Gesellschaft integriert werden können. Darüber hinaus sind Eingriffsmaßnahmen und fördernde Behandlungsmaßnahmen so eng miteinander verknüpft, dass sich beides kaum sinnvoll voneinander trennen lässt.

Das Gericht hält das Maßregelvollzugsgesetz aber aus einem anderen Grund für verfassungswidrig; es sei mit dem Demokratieprinzip insofern unvereinbar, als Bedienstete der privaten Krankenhausträger Grundrechtseingriffe vornehmen dürfen, ohne hierzu durch besondere Bestellung einer staatlichen Behörde legitimiert zu sein. Die fehlende Legitimation der Bediensteten privater Krankenhausträger im Maßregelvollzug werde nicht durch die Aufsicht durch die Vollzugsleitung kompensiert. Mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit eröffnet das Gericht dem Gesetzgeber zugleich die Möglichkeit, bis Ende 2010 eine verfassungskonforme Regelung zu schaffen. Es schlägt vor, die Bediensteten durch den Staat zu Verwaltungsvollzugsbeamten in einer Form zu bestellen, die einen Einfluss auf die Auswahl, die Prüfung der Sachkunde und der Zuverlässigkeit sowie die Anleitung der Mitarbeiter durch die Fachaufsichtsbehörde ermöglicht bzw. voraussetzt, und gleichzeitig die einzelnen Funktionsträger der Beliehenen unmittelbar der staatlichen Fachaufsicht zu unterwerfen.

Ob der vom Staatsgerichtshof aufgezeigte Ausweg praktikabel ist, lässt sich freilich bezweifeln. Jedenfalls werden, wenn mit der Fachaufsicht gegenüber jedem einzelnen Bediensteten wirklich Ernst gemacht wird, erhebliche personelle Ressourcen eingesetzt werden müssen, welche die prognostizierten Effizienzgewinne verschwinden lassen. Es bleibt zu hoffen, dass mit diesem Urteil verfassungsrechtlich nicht das letzte Wort gesprochen worden ist.

---

<sup>46</sup> *M. Burji*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, S. 64.



# Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte

*Heinz Koriath*

## I. Worum geht es?

Den Allgemeinen Teil des Strafrechts las *Eckhard Horn* im Sommersemester 1976 an der Universität Göttingen, meinem ersten Fachsemester. *Horn* war ein begabter Rhetor, die Vorlesung daher kurzweilig und informativ. Eines Tages schlug er ein neues Kapitel auf, es ging um den Vorsatz. Schon der erste Entwurf, ein fünf Kriterienmuster, war beeindruckend. Ein zünftiger Strafrechtler unterschied zwischen *dolus directus* ersten und zweiten Grades, *dolus eventualis* und dazu noch zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit. Respekt! Da ich nur mit der alltagssprachlichen Trennung zwischen absichtlichem und unabsichtlichem Verhalten vertraut war, es mir jedenfalls einbildete, ging mir spontan eine Frage nicht mehr aus dem Kopf: „Wie machen die das?“ Bei einer Gelegenheit, die mir günstig erschien, stellte ich die nämliche Frage: „Wann weiß ich denn, dass der A den B - diesen Jargon lernt man schnell - grad mit *dolus directus* zweiten Grades und nicht mit *dolus eventualis* getötet hat?“ Doch diese Frage, echter Neugier entsprungen, hätte ich besser nicht gestellt, denn sie wurde harsch als ungehörig und nicht zur Sache gehörend zurückgewiesen. Danach habe ich für längere Zeit keine Fragen mehr gestellt. In den Klausuren schrieb ich artig Sätze wie „Der subjektive Tatbestand ist gegeben. A handelte vorsätzlich, mindestens in der Form des *dolus eventualis*“ – freilich ohne genau zu wissen, was ich da eigentlich schrieb. Den nächsten Versuch unternahm ich erst sehr viel später während meiner Ausbildung bei der Staatsanwaltschaft. Hier vermutete ich alle Kompetenz zur Lösung dieses großen und wichtigen Problems. Aber meine Frage löste bei dem tüchtigen Staatsanwalt S

pures Entsetzen aus; so viel Naivität hatte er bei mir gar nicht vermutet, oder habe ich – ohne jede *Absicht*, ich gestehe – ein Tabu gestreift? Als S die Fassung wiedergewann, sagte er lapidar: „Sind Sie naïv? Den Vorsatz unterstellen wir einfach!“

Natürlich habe ich übertrieben, wenn auch wohl nur ein wenig. Denn nicht alle Strafrechtler *erledigen* dieses lästige Problem durch einen Machtspruch. Mein verehrter akademischer Lehrer *Fritz Loos* gehört zu den leider nur wenigen Rechtswissenschaftlern, die die Frage nach dem Beweis des Vorsatzes gründlich analysiert und erörtert haben. In seinem 1980 publizierten Aufsatz hat er das Gewicht des Themas, sein zentrales Problem und seine prozedurale Lösung meisterhaft beschrieben. Hierzu einige Zitate.

Über die Bedeutung des Themas schreibt *Loos*:

„Ganz allgemein muß aber die Feststellung subjektiver Deliktsmerkmale als die große Crux im Strafverfahren angesehen werden, ein Problem, das dem Praktiker in der Alltagsarbeit auf den Nägeln brennt, aber theoretisch kaum aufgearbeitet ist.“<sup>1</sup>

Im folgenden Zitat ist von dem Kernproblem die Rede:

„Vor welche Probleme damit die strafrechtliche Praxis gestellt ist, wird sofort deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Fremdpsychisches der unmittelbaren Erfahrung nicht zugänglich ist. Daraus erhellt, daß die buchstäbliche Befolgung zweier durchaus zusammengehöriger Prinzipien unserer Strafrechtspflege, nämlich des materiellen Schuldgrundsatzes und des prozessualen Grundsatzes ‚in dubio pro reo‘, ohne den gerade der Schuldgrundsatz abstrakt bleiben müßte, die Gefahr heraufbeschwören würde, das Strafrecht als Instrument sozialer Kontrolle ineffektiv zu machen.“<sup>2</sup>

Die prozedurale Lösung dieses Problems besteht nach *Loos* im „Verfahren des Rückschlusses aus objektiven Indizien“<sup>3</sup>. Aus naheliegenden Gründen auf Details verzichtend, betont *Loos* vielmehr, dass dieses „Verfahren“ in einem „Dilemma“ ende:

„Vielmehr ist auf die unübersteigbare Grenze eines solchen Rückschließens hinzuweisen: Kein Verfahren des Rückschließens aus objektiven Indizien, das zur Bejahung des Vorsatzes führt, kann auf das sich-in-die-Situation-des-Täters-Versetzen und damit den Analogieschluß zu Selbst-Vorgestelltem völlig

<sup>1</sup> F. Loos, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: U. Immenga (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, S. 261-279 (262).

<sup>2</sup> F. Loos (Fn. 1), S. 268.

<sup>3</sup> F. Loos (Fn. 1), S. 271.



verzichten. Die Problematik des der ‚Einführung‘ zugrundeliegenden Analogieschlusses aber ist evident.“<sup>4</sup>

Ob es einen Ausweg aus diesem Dilemma gibt, darüber soll in (IV) die Rede sein; darüber, wie *Loos* selbst mit diesem Dilemma umgeht, möchte ich erst am Schluss des Aufsatzes in (V) berichten.

## II. *Robert v. Hippel* oder *Alf Ross*?

Die Frage nach dem Beweis des Vorsatzes setzt voraus, dass man weiß, was *genau* Gegenstand des Beweises sein soll. Beginnen wir ruhig mit der mehr oder weniger fragmentarischen Definition, darnach Vorsatz das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung sei.<sup>5</sup> Bekanntlich sind die ersten beiden Merkmale unklar und strittig; weniger bekannt ist, dass auch das dritte Merkmal nicht unproblematisch ist. Hierzu, mehr *colorandi causa*, die folgenden knappen Bemerkungen.

Normlogisch rekonstruiert besteht eine strafrechtliche Norm quasi aus zwei Normen. Am Beispiel (selbstredend!) des Tötungsverbot es gezeigt, sieht das Muster so aus:

(N<sub>1</sub>) Du sollst nicht morden!

(N<sub>2</sub>) Wer einen anderen Menschen tötet, soll bestraft werden.

N<sub>1</sub> ist imperativisch gefasst und an den *Bürger* adressiert. N<sub>2</sub> hat eine konditionale Form, dient der Zurechnung und ist an den *Richter* adressiert. Nehmen wir an, das Muster ist nicht ganz falsch. Kann man dann wirklich definieren, Vorsatz sei das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, obwohl der Tatbestand, das Vorderglied des Konditionals von N<sub>2</sub>, gar nicht an den Bürger adressiert ist? In der Vergangenheit hat *Binding*<sup>6</sup> dieses Problem gründlich erörtert, gegenwärtig ist es praktisch aus der Diskussion verschwunden und nur *Frisch* thematisiert es noch gelegentlich.<sup>7</sup> Die Frage ist zu groß und zu kompliziert, um hier en passant miterledigt zu werden; es muss genügen, sie hier erwähnt zu haben.

Im Mittelpunkt des Streits um den Vorsatz stehen die Elemente Wissen und Wollen. Diese (mehr oder weniger oberflächliche) Kombination ist das Ergebnis der Auseinandersetzung zwischen den Vertretern der sog. Vorstellungs- und Willenstheorie.<sup>8</sup> Ich glaube nicht, dass diese Kombination (mit dem Schwerpunkt auf

<sup>4</sup> F. *Loos* (Fn. 1), S. 271.

<sup>5</sup> H. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 64.

<sup>6</sup> K. *Binding*, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919, S. 22-29.

<sup>7</sup> W. *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 56-63; aus der Literatur zur Normlogik vgl. nur O. *Weinberger*, *Norm und Institution*, 1988, S. 89.

<sup>8</sup> K. *Engisch*, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, S. 126-141.

der Willenstheorie) richtig ist, sondern möchte zu zeigen versuchen, dass eine der beiden Theorien, nämlich die Vorstellungstheorie, vorzugswürdig ist. Um das zu demonstrieren, wähle ich je eine – m. E. (mehr oder weniger perfekte) - Variante aus der Gruppe der Vorstellungs- und Willenstheorien als Gegenstand der Analyse und Kritik. Zweifellos ist R. v. Hippels Lehre zum Vorsatz die beste Variante der Willenstheorien (2.). Klassische Varianten der Vorstellungstheorie haben in der Vergangenheit F. v. Liszt und R. Frank vertreten. In der jüngeren Vergangenheit wurde dieser Ansatz vor allem von Eb. Schmidhäuser<sup>9</sup> (gegen die ganz „h.M.“) verteidigt und vermutlich ist Frisch<sup>10</sup> gegenwärtig der exponierteste Vertreter der Vorstellungstheorie. Ohne die Absicht irgendeinen der vergangenen oder gegenwärtigen Ansätze bewerten zu wollen und ohne Anspruch auf ungeteilte Zustimmung, halte ich aber die Vorstellungstheorie des dänischen Rechtsphilosophen und Strafrechtlers A. Ross für die elaborierteste, vor allem klarste Variante (1.). Damit sei begonnen.

### 1. Alf Ross

Ross' Vorsatzbegriff ist ein Teil einer umfassenden, rationalen, säkularen und teleologisch konstruierten Schuld- und Strafzwecktheorie ohne „voluntative oder emotionale“ Elemente.<sup>11</sup> Das entscheidende Kriterium ist nicht eine emotional-volitve Einstellung eines Aktors zu den Bedingungen oder/und Folgen seiner inkriminierten Handlung, sondern seine diesbezügliche kognitive Einsicht. „Vorsatz liegt ... dann vor, wenn der Täter einsah, dass seine Tat die Eigenschaften besaß, die sie zu einem Verbrechen machen.“<sup>12</sup>

Eine (hier ausreichende) Skizze seiner Lehre sieht so aus: Hinreichend begründet wird die Kriminalstrafe durch das Prinzip der negativen Generalprävention.<sup>13</sup> Für Ross ist darin eingeschlossen, dass die Sanktionsdrohung ausschließlich dem Schutz von Rechtsgütern gegen sie bedrohende Handlungen dienen soll und nicht etwa der Förderung der (oder einer) Moralität der Bürger. „Der Staat ist nicht darauf aus, Bosheit zu bekämpfen und Moral und Frömmigkeit zu fördern. Worauf es für die Kriminalgesetzgebung und die Kriminalrechtspflege ankommt, ist, durch den Schutz anerkannter Güter und Werte gegen sie angreifende *Handlungen* eine gewisse Gesellschafts- und Gemeinschaftsordnung zu erhalten.“<sup>14</sup> Das Recht des Staates zu strafen sei aber im Interesse seiner Bürger begrenzt. „Niemand darf riskieren, daß ihn eines Tages eine Strafe wie der Blitz aus heiterem Himmel trifft,

<sup>9</sup> Hierzu hat Eb. Schmidhäuser zahlreiche Arbeiten verfasst. An dieser Stelle genügt der Hinweis auf nur eine Quelle: Eb. Schmidhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, S. 200-2004.

<sup>10</sup> W. Frisch (Fn. 7), S. 255 ff.

<sup>11</sup> A. Ross, Über den Vorsatz, 1979, S. 19.

<sup>12</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 30; Hervorh. von A. R.; vgl. auch S. 38.

<sup>13</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 22.

<sup>14</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 20; Hervorh. von A. R.

weil seine Opferung der Staatsräson dienen würde.<sup>15</sup> Hier liege die überragende Bedeutung und Funktion des Schuldprinzips. *Ross* glaubt, das Schuldprinzip sei der Ausdruck eines „restriktiven Gerechtigkeitserfordernisses“<sup>16</sup> (die Grenze des staatlichen Strafanspruchs) und eines sittlichen Ideals<sup>17</sup>, das er, obwohl nur in „sehr vager und unnuancierter Art“<sup>18</sup> den Mitgliedern des Menschengeschlechts bewusst, für universell hält. In dieser idealen Dimension kann das Schuldprinzip so formuliert werden: „Die für die Schuldlehre relevante, sittliche Frage ist spezifischer Art. Sie ist, unter der Voraussetzung eines gegebenen Normensystems, die Frage, unter welchen *subjektiv-geistigen Voraussetzungen es berechtigt ist*, einer Person vorzuwerfen, sie habe durch eine Tat objektiv eine Normverletzung begangen.“<sup>19</sup> Die beiden für unseren Zusammenhang wichtigsten Bedingungen sind ein gewisses *Wissen* und – ein (freier) *Wille*. *Ross* formuliert: „Kurzum ist die Bedingung der Zurechnung, in einem volkstümlichen Kernspruch verdichtet, daß *wissentlich und aus (freiem) Willen* gehandelt worden ist.“<sup>20</sup>

Mindestens *prima facie* scheint dieser „Kernspruch“ nicht zu dem ersten Satz dieses Abschnitts („ohne voluntative ... Elemente“) zu passen. Um die, sagen wir, Unstimmigkeit aufzulösen, ist es nützlich, den „Kernspruch“ wieder in seine Elemente aufzulösen.

Danach wird, so ist *Ross'* Lehre zu verstehen, einer Person die Handlung zugerechnet, wenn sie die inkriminierte Handlung *freiwillig* vollzog und wusste, dass bestimmte Bedingungen (Umstände der Tat, Handlungssituation) und Folgen („Erfolg“) der Fall sein werden und sie sich außerdem bewusst war, durch die Handlung gegen eine Sanktionsnorm zu verstoßen.<sup>21</sup>

Hierzu noch drei Bemerkungen zu den Elementen, die in diesem Zurechnungsprinzip zusammengefasst worden sind.

(i) Freiwilligkeit hat nichts mit einer indeterministischen Willensfreiheit zu tun, sondern bedeutet Handlungsfreiheit im *Hume'schen* und *Locke'schen* Sinne<sup>22</sup>; danach handelt ein Akteur freiwillig, wenn er nicht durch äußere oder/und innere Kräfte (Gewalt, „krankhafte seelische Störung“) am Vollzug seiner intendierten Handlung gehindert wird.<sup>23</sup> In dieser Bedeutung von Freiwilligkeit spielt „der Wille“ tatsächlich auch in dieser kognitivistischen Zurechnungslehre die Rolle einer *conditio sine qua non*. Danach war die obige These („ohne voluntative ... Elementen-

<sup>15</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 14.

<sup>16</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 14.

<sup>17</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 15.

<sup>18</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 16.

<sup>19</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 16; Hervorh. von A. R.

<sup>20</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 16; Hervorh. von A. R.

<sup>21</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 24/25.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu *A. Beckermann*, Freier Wille – Alles Illusion?, in: S. Barton (Hrsg.), „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“, 2006, S. 294-307 (301, 303).

<sup>23</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 16.

te<sup>6</sup>) vielleicht doch etwas überpointiert.<sup>24</sup> (ii) In dem in der deutschen Strafrechtsdogmatik beinahe fundamentalistischen Streit zwischen den Vertretern der sog. Vorsatz- und Schuldtheorie gehörte Ross zu den Proponenten der Vorsatztheorie. Mit dem Inhalt des Streits war er bestens vertraut.<sup>25</sup> Deutsche Strafrechtsdogmatiker werden es wohl für nachgerade despektierlich halten, wenn sie lesen, dass Ross diesen (doch so großen) Streit für nachrangig (weil für die praktischen Ergebnisse ohne wirkliche Bedeutung), wenn nicht gar kontraproduktiv hält (weil dieser Streit die echte Vorsatzproblematik eher überlagert und verdeckt).<sup>26</sup> Und doch ist genau dies der Fall: „Die Frage (Ist das Unrechtsbewusstsein ein Teil des Vorsatzes?, H. K.) wird in der vorliegenden Darstellung übergangen“<sup>27</sup> – in der Tat nicht mehr als eine lapidare Bemerkung. (iii) Was genau bedeutet *Wissen*? Es ist ja das entscheidende Zurechnungskriterium. Hat ein Akteur eine inkriminierte Handlung vollzogen, so werden ihm genau die Bedingungen und/oder Folgen zugerechnet, von denen er wusste, dass sie im Vollzug seiner Handlung der Fall sein werden, natürlich unter der weiteren Bedingung, dass er sich des Verbotenseins seiner Handlung bewusst gewesen ist. Um es sogleich vorwegzunehmen: Eine präzise Fassung dieses entscheidenden subjektiven Zurechnungskriteriums gibt es nicht – und dieser zweifellos unbefriedigende Sachverhalt wird von Ross weder durch dunkle noch durch ungenaue oder elegante Formulierungen überspielt. Ross meint, es sei fair, einer Person einen Erfolg (verkürzen wir es hier auf diesen einen Punkt) genau dann zuzurechnen, wenn sie den Eintritt dieses Erfolges im Vollzug ihrer Handlung für *wahrscheinlich* gehalten habe. Warum wahrscheinlich? In einem (gedachten) Kontinuum von *möglich* (wenn ich H tue, ist es möglich, dass auch E der Fall sein wird) bis *gewiss* (wenn ich H tue, wird E der Fall sein) ist wahrscheinlich ein unklar abgegrenztes Mittelfeld. Dass dieser Mittelbereich das entscheidende Kriterium enthalten muss, ergibt sich für Ross daraus, dass die beiden Extreme, Möglichkeit und Gewissheit, als Zurechnungskriterium ganz sicher ausscheiden. Hierzu schreibt Ross ausführliche Begründungen<sup>28</sup>, die wir aber an dieser Stelle aus nahe liegenden Gründen in dem Satz zusammenfassen können, dass im ersten Fall die Zurechnungsextension zu groß, im zweiten zu klein sein würde. Wahrscheinlichkeit ist offenbar eine „natürliche“ Alternative. In der Frage, was „wahrscheinlich“ in dem Satz „Wenn ich H tue, dann wird auch E wahrscheinlich der Fall sein“ bedeuten könnte, sagt Ross zunächst, was das Wort seiner Ansicht nach *nicht* bedeutet: Es hat nichts mit mathematischer Wahrscheinlichkeit zu tun (was ja in der deutschen Strafrechtsdogmatik von vielen Autoren (apodiktisch) behauptet wird). Es bedeutet positiv: „Etwas für wahrscheinlich halten heißt deshalb (im all-

<sup>24</sup> Nur en passant: Nach G. Ryles Fundamentalkritik am Willensbegriff (Der Begriff des Geistes, 1969, S. 78-106) wurde die Verwendung dieses Begriffes (jedenfalls in der Analytischen Philosophie) begründungsbedürftig. Zur Ross'schen Rechtfertigung vgl. *dens.* (Fn. 11), S. 12 Fn. 6.

<sup>25</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 81-82.

<sup>26</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 82.

<sup>27</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 14.

<sup>28</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 85-86 und S. 89-92.

gemeinen Sprachgebrauch) meinen, dass *überwiegende Gründe* dafür sprechen, dass dieses ‚etwas‘ eintreten wird.<sup>29</sup> Ob das der Fall ist, ist nach Ausschluss der beiden Extreme, *quaestio facti*.<sup>30</sup> *Cum grano salis*: wahrscheinlich bedeutet etwa dasselbe wie konkret gefährlich.

Soweit zunächst zu *Ross*'s Lehre. Es ist, wie leicht zu sehen, ein in sich schlüssiges, teleologisch konstruiertes, minimalistisches Zurechnungskonzept und m. E. schon deshalb von hoher Plausibilität. Wann also kann nach *Ross* einem Akteur ein Erfolg *zugerechnet* werden? Einem Akteur kann ein poenalisierter Erfolg dann zugerechnet werden, wenn er weiß, dass im Vollzug seiner inkriminierten Handlung der Erfolg wahrscheinlich der Fall sein wird (analoges gilt für die anderen Merkmale des Tatbestandes). Wenn ein Akteur weiß, dass im Vollzug einer Handlung ein poenalisierter Erfolg wahrscheinlich der Fall sein wird, so hat er allen Grund (oder Motiv, weil es besser zum Präventionsprinzip passt?) die Handlung zu unterlassen.<sup>31</sup> Handelt er trotzdem, so ist es fair, ihm den Erfolg zuzurechnen. Wer im Bewusstsein des Risikos eine Handlung vollzieht, hat den wahrscheinlichen Erfolg in Kauf genommen – etwas anderes anzunehmen wäre paradox.<sup>32</sup>

## 2. Robert v. Hippel

*Robert v. Hippel* hat zahlreiche, recht umfangliche Arbeiten über den Vorsatz geschrieben. Die Ergebnisse dieser Studien hat er in seinem Lehrbuch zusammengefasst<sup>33</sup>; es ist die kürzeste und präziseste Darstellung seiner Lehre. Dieser Teil ist Gegenstand meiner Analyse und Kritik. Wer sich für meine Erörterung der *v. Hippel*'schen Primärquellen interessiert, der sei auf meine Arbeit aus 1994<sup>34</sup> verwiesen. Zunächst werde ich *v. Hippel*'s Lehre darstellen (a), anschließend erfolgt dann eine kritische Würdigung (b).

---

<sup>29</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 54; Hervorh. von A. R.

<sup>30</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 55.

<sup>31</sup> Dieser „Imperativ“ ist – m. E. – gleichzeitig das stärkste Argument gegen die (irgendwie verdrehen) Konstruktionen von *Arm. Kaufmann* (Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau, in: ZStW 70 (1958), 64–86 (73 ff.)) und *R. D. Herzberg* (Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewußter Fahrlässigkeit, in: JZ 1988, 573–579 und 635–643 (639 ff.); *ders.*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, in: JuS 1986, 249–262 (253 ff.)). Die Betätigung eines „Vermeidungswillens“ (*Arm. Kaufmann*) oder die „Abschirmung einer Gefahr“ (*R. D. Herzberg*) sind schlicht nicht ausreichend. Die ebenso evidente wie triviale Lösung lautet: Die (gefährliche) Handlung ist zu unterlassen. Vollzieht der Akteur die Handlung und ist der Erfolg der Fall, weil die Vermeidungs- und/oder Abschirmungsbemühungen erfolglos geblieben sind, so ist ihm der Erfolg zuzurechnen.

<sup>32</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 97, 98, 103, 107, 111. In diesem Punkt besteht ein Konsens zwischen *A. Ross* und *H. Welzel*. Vgl. *A. A. Ross* (Fn. 11) S. 94.

<sup>33</sup> *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 300–326.

<sup>34</sup> *H. Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 617–624.

a) *v. Hippels* Lehre zum Vorsatz

Am besten kennzeichnen lässt sich seine Lehre als *Theorie des bösen Willens*. Zwei Prämissen gehören zu den Grundlagen dieser Theorie. In der ersten geht es um die Frage, warum der Wille (verstanden als eigenpsychische Größe – Vermögen, Disposition – einer Person) eigentlich das entscheidende Zurechnungsprinzip sein soll. *v. Hippel* schreibt: „Überall im menschlichen Zusammenleben rechnen wir dem Menschen zu Verdienst und Schuld das an, was er *gewollt* hat und *weil* er es gewollt hat. Überall handelt es sich dabei um die Frage, ob diejenigen Folgen der Tat gewollt waren, die uns jeweils als löbliche oder vorwerfbare interessieren. So auch im Recht. Nur eine *Einzelanwendung* dieser allgemeinen Erscheinung ist die Vorsatzlehre des Strafrechts.“<sup>35</sup> In der zweiten Prämisse geht es auf dem Boden dieser Willenstheorie (nur en passant: *v. Hippel* spricht von dem Vorsatz als dem „verbrecherischen Willen“<sup>36</sup>) um die zutreffende Formulierung der Zurechnungsfrage. Sie lautet in *v. Hippels* Fassung: „Das Vorsatzproblem lautet danach: Wann ist der vorgestellte Erfolg *gewollt*, wann ist der Wille auf die Verwirklichung der zu vertretenden Tatumstände gerichtet und wann nicht?“<sup>37</sup> Komplementär zur Vorstellungstheorie (hier ist es die Freiwilligkeit) ist also auch in der Willenstheorie ein kognitives Element, die Vorstellung des Erfolges, offenbar irreduzibel enthalten. Soweit ich es übersehe, hat die Literatur<sup>38</sup> dieses Detail vollständig übersehen. Es ist aber gar kein nebensächliches Detail, sondern für die Lösung des Zurechnungsproblems von ganz entscheidender Bedeutung – wie meine Ausführungen noch zeigen werden.

Um nun die Frage „Wann ist der vorgestellte Erfolg gewollt?“ beantworten zu können, entwickelt *v. Hippel* ein recht komplexes, vor allem aber differenziertes Muster. Ich glaube, er vermutete ganz zu Recht, dass er das elaborierteste Muster vorgelegt hatte.<sup>39</sup> Ähnliche, aber nicht ganz so präzise und differenzierte Strukturen enthalten – um nur einige zu nennen – die Vorsatzlehren von *Engisch*<sup>40</sup>, *Welzel*<sup>41</sup>, *Jescheck*<sup>42</sup> und *Roxin*<sup>43</sup>.

Grundlage dieses Musters ist die *traditionelle* teleologische Handlungstheorie<sup>44</sup> (natürlich noch nicht *Welzels* finale Handlungslehre). Danach handelt eine Person, um ein bestimmtes, selbstgesetztes Ziel zu verwirklichen. In dieser Konstruktion ist die Handlung, die natürlich mehr oder weniger komplex sein kann, stets das

<sup>35</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 305; Hervorh. von v. H.

<sup>36</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 307; Hervorh. von v. H.

<sup>37</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 308; Hervorh. von v. H.

<sup>38</sup> Vgl. nur *K. Engisch* (Fn. 8), S. 126 ff.

<sup>39</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 311.

<sup>40</sup> *K. Engisch* (Fn. 8), §§ 9, 10, 11.

<sup>41</sup> *H. Welzel* (Fn. 5), S. 66-71.

<sup>42</sup> *H.-H. Jescheck/Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 297-303.

<sup>43</sup> *C. Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 438-452.

<sup>44</sup> Vgl. etwa *G. H. v. Wright*, Erklären und Verstehen, 2. Aufl. 1984, S. 83 f.

Mittel zur Zielverwirklichung. Das teleologische Konzept selbst gewinnt an Komplexität, indem weitere Folgen, die mit dem Einsatz des Mittels (der Handlung) oder/und der Verwirklichung des Zieles notwendiger- oder nur möglicherweise verbunden sind, in das teleologische Handlungsmuster integriert werden.

Das vorausgesetzt, demonstriert *v. Hippel* nun, was ein (idealer) Akteur gewollt habe. Er startet mit einem (offenbar als evident empfundenen) Grundsatz: „*Gewollt* sind die als *wünschenswert erstrebten* Folgen der Tat ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts. Dies ist der *Willensbegriff im engsten Sinne*, der Fall, an den Jedermann, insbesondere auch der Laie, zunächst denkt, weil nur die Vorstellung *erwünschter* Folgen den Willensentschluss *hervorzurufen* vermag.“<sup>45</sup> Das ist aber nur der erste Kreis der Zurechnung – bezeichnen wir ihn der Kürze halber als  $W_1$  –, es folgen noch zwei weitere. Zum zweiten Kreis gehören diejenigen Bedingungen und Folgen der Tat, die nach der Vorstellung des idealen Akteurs mit der als wünschenswert erstrebten Folge notwendig verbunden sind. *v. Hippel* schreibt: „Unter diesen Gesichtspunkt fallen des näheren *drei Gruppen* von Fällen: *Gewollt* (mitgewollt) sind danach: ... die als notwendig vorgestellten *Mittel zum Zweck*, ... als notwendig verbunden vorgestellte *Nebenfolgen* und ... ebensolche *weitere* Folgen der Tat.“<sup>46</sup> Die gemeinsame Eigenschaft dieser Gruppe von Fällen aus dem zweiten Kreis der Zurechnung – wir bezeichnen diese als  $W_2$  – ist, um es zu wiederholen, dass sie nach der Vorstellung des idealen Akteurs mit der als gewünscht erstrebten Folge ( $W_1$ ) als Bedingung (Mittel zum Zweck) oder Folge (Nebenfolge, weitere Folge) *notwendig* verbunden sind. Warum sind diese Bedingung und diese Folgen ( $W_2$ ) „mitgewollt“? Die Frage wird um so dringlicher, als *v. Hippel* bzgl. der  $W_2$ -Gruppe schreibt, dass die Bedingungen und die Folgen auch dann „gewollt (mitgewollt)“ sind, „wenn sie – allein betrachtet – dem Täter gleichgültig oder unangenehm waren.“<sup>47</sup> Nun entsteht eine Art Paradoxie: Auch die nicht erwünschten Dinge (Bedingungen, Folgen) sind gewollt, obwohl doch dem Grundsatz nach ( $W_1$ ) eigentlich nur die erwünschten Folgen gewollt sind. Die Frage ist, ob diese Konstellation überhaupt psychologisch möglich ist? Das Problem hat *v. Hippel* sehr wohl erkannt und in mehreren Ansätzen zu lösen versucht.<sup>48</sup> Sehe ich recht, so lautet sein Hauptargument, dass aufgrund der notwendigen Verbindung das „*Gesamtergebnis zum Ziel des Strebens*“ wird.<sup>49</sup> Das ist seine Lösung. Die Tragfähigkeit dieses Arguments werde ich später (in b)) prüfen. Es bleibt der dritte Kreis der (subjektiven) Zurechnung ( $W_3$ ). Hier geht es um Folgen, die nach der Vorstellung des idealen Akteurs mit dem Einsatz des Mittels oder der Verwirklichung des Zieles nicht notwendig, sondern nur *möglicherweise* (nota bene: möglicherweise, *nicht* wahrscheinlich) verbunden sind. *v. Hippel* rechnet einem (idealen) Akteur eine solche Fol-

<sup>45</sup> R. v. Hippel (Fn. 33), S. 309; Hervorh. von v. H.

<sup>46</sup> R. v. Hippel (Fn. 33), S. 310; Hervorh. von v. H.

<sup>47</sup> R. v. Hippel (Fn. 33), S. 310.

<sup>48</sup> R. v. Hippel (Fn. 33), S. 309, 1. Abs.; S. 309, 4. Abs.; 310 Fn. 3, 4; S. 313/314 Fn. 11; S. 317.

<sup>49</sup> R. v. Hippel (Fn. 33), S. 309; Hervorh. von v. H.

ge dann zu, wenn ihm „der Eintritt des *erstrebten* zusammen mit dem als möglich vorgestellten ... *Erfolg lieber war als der Verzicht auf seine* Tat.“<sup>50</sup> In den Primärquellen hat *v. Hippel* gerade diese Zurechnungsregel mit größtem argumentativen Aufwand zu begründen versucht. Das ganze Gewicht der Begründung liegt jetzt natürlich auf der mit „lieber“ ausgedrückten Präferenz des idealen Aktors. Das Hauptargument lautet jetzt: Wegen der Präferenz („lieber“) sei bei einem gedachten Aktor „die Sachlage *psychologisch* die gleiche“, wie in den Fällen der  $W_2$ -Gruppe.<sup>51</sup> Auch die Tragfähigkeit dieser Lösung werde ich sogleich (in b)) prüfen.

Illustrieren wir das *v. Hippel'sche* (subjektive) Zurechnungsmuster mit einer kleinen, bösen, vermutlich wenig originellen Geschichte. T hat O getötet, weil er ihn beerben möchte. Das Ziel seiner Tötungshandlung (das als wünschenswert Erstrebt) ist der Besitz des Vermögens des O. Genau das hat T gewollt ( $W_1$ ), aber dieser Aspekt ist strafrechtlich völlig irrelevant. (Es ist nicht uninteressant mitzuteilen, dass *v. Hippel* diesen Punkt klar erkennt und beschreibt<sup>52</sup>, freilich ohne eine Konsequenz daraus zu ziehen.) Nach T's Vorstellung ist der Tötungsakt das hierzu notwendige Mittel. Also hat T nach *v. Hippels* Kriterium ( $W_2$ ) O's Tod gewollt. T hat sich eine raffinierte Tötungshandlung ausgedacht. Bei hoher Geschwindigkeit in eine kritische Situation geraten, konnte O seinen Porsche nicht abbremsen, weil das von T manipulierte Bremssystem versagte. Zusammen mit O wurde auch seine Mätresse M getötet. Nach ( $W_2$ ) hat T auch ihren Tod gewollt, vorausgesetzt, dass er davon ausging (sich vorstellte), M werde O, wie stets, ins hedonistische Wochenende begleiten. O's Ehefrau erfährt von dieser (mehrfachen) Katastrophe und begeht nur wenige Tage später Suizid. Nach ( $W_3$ ) ist T auch dieser Erfolg zuzurechnen, vorausgesetzt, dass er die psychische Labilität der E kannte, einen Suizid der E für möglich hielt, dass ihm aber auch dieses (mögliche) Faktum immer noch „lieber“ war, als der Verzicht auf das gierige Geld.

Vervollständigen möchte ich *v. Hippels* Zurechnungslehre noch mit einer knappen Bemerkung zum Beweis des Vorsatzes. Es ist schon verblüffend zu lesen, dass er der Frage nach dem Beweis des Vorsatzes kein großes Gewicht beimisst.<sup>53</sup> Vorsatz oder nicht „darüber hat der Richter aufgrund objektiver Würdigung der Sachlage zu entscheiden.“<sup>54</sup> Das ist schon die ganze triviale, lapidare Auskunft. Lediglich in „einer kleinen Minderzahl von Fällen (könnten) Zweifel“<sup>55</sup> auftreten. Zu diesen gehören insbesondere Fälle der ( $W_3$ )-Gruppe, das notorische Problem der Trennung zwischen *dolus eventualis* („lieber“) und bewusster Fahrlässigkeit („hoffen auf“). Hierzu empfiehlt *v. Hippel* ein Verfahren analog zum Gedankenexperiment im Kontext der *conditio*-Formel. Die nur als möglich vorgestellte Folge wird hinweggedacht und anschließend gefragt: „Wie hätte der Täter sich ...

<sup>50</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 313; Hervorh. von v. H.

<sup>51</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 313/314 Fn. 1; Hervorh. von v. H.

<sup>52</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 310/311.

<sup>53</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 314, 315.

<sup>54</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 315.

<sup>55</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 315.



verhalten, wenn er sicher gewusst hätte: Mit dem erstrebten Erfolg tritt notwendig zugleich der rechtswidrige ein?<sup>56</sup> *v. Hippel* ist fest davon überzeugt<sup>57</sup>, dass ein Richter mit diesem Gedankenexperiment stets zu einem eindeutigen Ergebnis gelangen wird. Das ist sehr optimistisch gedacht. Der Leser möge das Gedankenexperiment selbst zu vollziehen versuchen. Soweit zunächst zu *v. Hippels* Vorsatzlehre.

#### b) Zur Kritik der *v. Hippel*'schen Willenstheorie

Ein fundamentales und ein triviales Problem möchte ich an dieser Stelle einfach ausblenden. Jenes kann in der Frage ausgedrückt werden, ob es nach z.B. *G. Ryles*<sup>58</sup> Analyse mentalistischer Prädikate noch möglich ist, den „Willensbegriff“ mit der gleichen Unbeschwertheit wie vorher zu verwenden. Selbstredend ist *v. Hippel* mit diesem Problem nicht belastet, um so mehr ist das aber bei gegenwärtigen Autoren der Fall, die nach wie vor souverän die Willenstheorie vertreten. Zu den trivialen Dingen gehören Polemiken<sup>59</sup>, die sich daraus ergeben, dass nicht alles, was in einem Tatbestand zusammengefasst ist, gewollt werden kann, sondern eben nur Erfolge. Schon ernster zu nehmen ist aber das Argument von *A. Ross*, dass eine konsequente Anwendung der Willenstheorie zu einer Zweiteilung der subjektiven Zurechnung für Tätigkeits- und Erfolgsdelikte führen würde.<sup>60</sup> Schließlich ist, um noch einen mehr oder weniger nebensächlichen Punkt zu erwähnen, die Durchführung des Gedankenexperiments zur Feststellung, ob *dolus eventualis* oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, nicht möglich. Das Experiment bleibt, wie *Ross* gezeigt hat<sup>61</sup>, in allen seinen Varianten hypothetisch. Wie soll ein Richter auch feststellen, wie der Angeklagte gehandelt haben würde, falls er gewusst hätte, dass die mit dem Vollzug seiner inkriminierten Handlung verbundene Folge nicht nur möglicherweise, sondern notwendig der Fall sein würde? Jede mögliche Antwort (Vorsatz/Fahrlässigkeit) kann nur spekulativ sein.

Nun zu den wirklich wichtigen Dingen übergehend, lautet die Frage, ob *v. Hippels* erste Prämisse überzeugen kann. Ist der Wille tatsächlich ein für Moral und Recht quasi universell geltendes Zurechnungsprinzip? Zunächst einmal: Es ist optimistisch, wenn nicht gar naiv anzunehmen, dass das Wort *Wille* in der Alltagssprache<sup>62</sup>, der Psychologie<sup>63</sup>, der Philosophie<sup>64</sup> und in den verschiedenen juristischen Fachsprachen (Staatsrecht: Wille des Staates, Zivilrecht: Willenserklärung,

---

<sup>56</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 316.

<sup>57</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 317 Fn. 1.

<sup>58</sup> *G. Ryle* (Fn. 24), S. 78 ff.

<sup>59</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 307 Fn. 1.

<sup>60</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 21.

<sup>61</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 87, 88, 89.

<sup>62</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 313.

<sup>63</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 308 Fn. 4.

<sup>64</sup> *P. Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 3. Aufl. 2005, S. 36-42.

Strafrecht: verbrecherischer Wille)<sup>65</sup> stets die gleiche Bedeutung hat. Außerordentlich bedenklich ist es jedoch, die so folgenreiche subjektive Zurechnung in der Strafrechtsdogmatik auf einen so vagen, ja schillernden Ausdruck zu gründen. Meine Kritik der *v. Hippel*'schen Willenstheorie betrifft mehrere unterschiedliche Aspekte. Einige sind größer dimensioniert, andere betreffen Details. Eine (lineare) Aneinanderreihung der kritischen Punkte ist daher wenig sinnvoll. Im Mittelpunkt der Kritik steht natürlich die (oben sog.) erste Prämisse, das Willensdogma (aa)) und anschließend das differenzierte (oben sog.) Zurechnungsmuster (bb)).

#### aa) Das Willensdogma

Dieses Dogma wiederum möchte ich unter methodischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten diskutieren. Beginnen wir mit einigen methodischen Überlegungen. Ist es tatsächlich der Fall, dass der Willensbegriff, den *v. Hippel* zum Hauptkriterium der Zurechnung ausweist, genau dieselbe Bedeutung in der Alltagssprache („im menschlichen Zusammenleben“<sup>66</sup> oder „im Leben“<sup>67</sup>) und in der Psychologie<sup>68</sup> hat? Was die Semantik des Wortes in der Alltagssprache anbelangt, so hat er hierzu keine systematischen Studien vorgelegt<sup>69</sup>; die Identität der Bedeutung beider Wörter wird von ihm einfach und apodiktisch behauptet. Aber die Frage, ob die angenommene Bedeutungsgleichheit eigentlich zutrifft, darf trotzdem noch gestellt werden. Hat das Wort in der Alltagssprache und in der Strafrechtsdogmatik tatsächlich dieselbe Bedeutung? Nun sind Untersuchungen über die Verwendung dieses Wortes in natürlicher Rede in der strafrechtlichen Literatur äußerst selten vorhanden.<sup>70</sup> Auch müsste gezeigt werden, dass (und wie) es möglich ist, den vermutlich vagen Ausdruck für die überragend wichtige Zurechnung hinreichend zu präzisieren<sup>71</sup> und darüber hinaus auch zu begründen, warum gerade diese psychische Entität, der (präzise gefasste) Wille einer Person, das entscheidende Zurechnungskriterium ist. Oder ist dieser Punkt evident, gar nicht begründungsbedürftig? *v. Hippel* hat weder das eine noch das andere demonstriert. Fragen wir also zuerst: Welche Bedeutung hat das Wort in der Alltagssprache? In seinem lesenswerten Buch „Das Handwerk der Freiheit“<sup>72</sup> beschreibt *Bieri* den Willensbegriff, den wir in alltäglicher Rede verwenden. Ich halte diese Beschreibung für zutreffend und sie

<sup>65</sup> Vgl. hierzu *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923 (Neudruck 1984), S. 121 ff, S. 162 ff.

<sup>66</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. S. 305.

<sup>67</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 309.

<sup>68</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 308 Fn. 4.

<sup>69</sup> Zu einigen Randbemerkungen vgl. *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 310 Fn. 4.

<sup>70</sup> Eine Ausnahme bildet vielleicht *G. Spindel*, Zum Begriff des Vorsatzes, in: FS Lackner, 1987, hgg. von J. Tenckhoff, e.a., S. 167-183.

<sup>71</sup> *R. v. Hippel* (Fn. 33), S. 310 Fn. 4.

<sup>72</sup> *P. Bieri* (Fn. 64), S. 36-42.

ist deshalb ein wichtiges Element meiner Kritik; sollte sich *Bieris* Willensbegriff als unzutreffend erweisen, so hätte dies natürlich auch unangenehme Folgen für meine Kritik an *v. Hippels* Willensdogma. Das in unserem Zusammenhang wichtigste Merkmal des (alltagssprachlichen) Willensbegriffes ist, dass das Wort keine distinkte psychische Entität bezeichnet<sup>73</sup>, dass „dem Willen“ stets ein Wunsch koordiniert ist, der, eben durch den Willen, in eine entsprechende, den Wunsch befriedigende Handlung umgesetzt wird. *Bieri* schreibt: „Wenn man etwas will, so möchte man es auch. Gewolltes ist Gewünschtes ... Nun haben wir zu jeder Zeit viele Wünsche, und längst nicht alle werden zu einem Willen. Wenn sie es werden, dann haben sie gegenüber den übrigen Wünschen die Oberhand gewonnen und sind *handlungswirksam* geworden. Ein Wunsch muss also eine bestimmte Rolle erfüllen, um ein Wille zu werden. Er muss uns in Bewegung setzen.“<sup>74</sup> Wie gesagt, ist *dieser* Willensbegriff in meiner Kritik ein entscheidendes Datum. Über Zusammenhänge und Unterschiede zwischen diesem Willensbegriff, dessen entscheidendes Merkmal die Koordination von Wunsch und Wille ist, und dem *v. Hippel'schen* Willensbegriff im Kontext seines Zurechnungsmusters, wird sogleich (in bb)) die Rede sein.

Aber *v. Hippel* behauptet und betont nicht nur die Bedeutungsgleichheit der soeben bezeichneten Willensbegriffe, er behauptet auch, dass das Objekt psychologischer Forschung („Wille“) und der Gegenstand dogmatischer (Analyse und) Konstruktion („Wille“) ein und dieselbe Bedeutung haben. Das ist aber nicht der Fall. Tatsächlich haben Juristen und Psychologen zwei verschiedene Objekte im Auge, wenn sie von „dem Willen“ sprechen. Für die Psychologie des anfänglichen 20. Jahrhunderts (in diese Zeit fallen *v. Hippels* Arbeiten), soweit sie empirische Psychologie ist, ist der Wille eine eigenpsychische Größe einer Person, ein psychisches Vermögen (oder eine Disposition) neben den Fähigkeiten (oder Eigenschaften) Denken und Fühlen. Die *communis opinio* der psychologischen Literatur seiner Zeit knapp zusammengefasst<sup>75</sup> ist *gewollt* stets der Inhalt einer Vorstellung, verbunden mit dem Bewusstsein einer eigenen Aktivität des Wollenden („Körperbewegung“ zur Realisierung eines bestimmten Zieles (Lust, Unlust)). Nur der Inhalt einer Vorstellung ist *gewollt*, ein äußerer Tatbestand („der Erfolg“) ist danach überhaupt nicht *gewollt*, sondern nur als durch den Willensakt (irgendwie) verursacht zu denken.<sup>76</sup> Nun zur Strafrechtsdogmatik wechselnd, ergeben sich doch einige Unterschiede. Hier spielt der Wille eine Rolle im Kontext der (subjektiven) Zurechnung, der Verknüpfung eines äußeren Tatbestandes (Bedingung, Folge) mit einer Person. Als Wille wird in der Jurisprudenz ein normatives Konstrukt zum Zwecke der Zurechnung bezeichnet.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> P. *Bieri* (Fn. 64), S. 39-40.

<sup>74</sup> P. *Bieri* (Fn. 64), S. 37; Hervorh. von P. B.

<sup>75</sup> Ausführlich dazu H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 107-112.

<sup>76</sup> H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 116.

<sup>77</sup> H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 145.

Vielleicht genügt diese kleine Skizze um zu zeigen, dass *v. Hippel* sich irrte als er behauptete, Juristen und Psychologen sprächen über dasselbe Objekt, wenn sie das Wort Wille verwendeten. Etwas rätselhaft ist *v. Hippels* Irrtum freilich schon, hatte er doch, wie er selbst schrieb, die psychologische Literatur (seiner Epoche) gründlich studiert.<sup>78</sup>

Der Unterschied zweier Objekte (eigenpsychische Größe, Zurechnungskonstrukt) darf freilich nicht missverstanden werden. Die semantische Analyse ist eine Sache; eine andere ist die Frage, ob die normative Zurechnung nicht aus Gründen retributiver Gerechtigkeit (wie in *Ross'* Konstruktion) von psychischen Tatsachen abhängig sein sollte. So schreibt etwa *Kelsen* (der diesen Unterschied vermutlich stärker als viele andere Rechtsphilosophen betonte) dies: „Es ist ein Postulat verfeinerten Rechtsempfindens, dass wegen sozialschädlicher Erfolge, die durch die Rechtsordnung verhindert werden sollen, womöglich nur solche Menschen bestraft werden, bei denen gewisse Willens- oder Vorstellungsakte vor sich gehen ...“<sup>79</sup> Das zentrale Problem liegt in der Frage, ob und wie dieses Postulat durch Dogmatik (hier geht es um *v. Hippels* Willenstheorie) und Verfahren einzulösen ist. Zum Prozess schreibt *Kelsen*: „Die Grenze, die der Realisierung der bezeichneten Forderung gezogen sind, besteh(t) ... in der Natur der Rechtsanwendung, der niemals eine sichere Feststellung psychischer Tatsachen, sondern stets nur eine Berücksichtigung äußerer Momente möglich ist, die gewisse Wahrscheinlichkeitschlüsse auf innere Vorgänge zulassen ...“<sup>80</sup> Hiervon wird später (in IV) die Rede sein; die Frage, ob *v. Hippels* Willenstheorie eine perfekte Umsetzung des Postulates ist, wird sogleich (in bb)) erörtert.

Zum Schluss dieses Teils meiner Kritik sei ein wenig Spekulation erlaubt. Wie gezeigt, beruft sich *v. Hippel* zur Begründung seines Willensdogmas auf die Alltagssprache und die Psychologie – leider mit nur mäßigem Erfolg. Seltsamerweise beruft er sich nicht auf die Tradition, obwohl ich gerade an dieser Stelle einen starken Zusammenhang vermute. Ich glaube, es gibt eine Verbindung zwischen *v. Hippels* Zurechnungsdoktrin und einer „religiös-philosophischen Schuldmetaphysik“<sup>81</sup> Danach besteht eine Analogie zwischen *Sünde* und *Verbrechen*. Das „Wesen“ der Sünde ist der böse Wille, der Ungehorsam gegen Gott. Dem entspricht in der Philosophie des Strafrechts die Lehre vom „Wesen“ des Verbrechens als einer Verletzung der Gehorsamspflicht gegenüber der Autorität des Staates. *Binding*<sup>82</sup> ist der ideale Vertreter dieser Lehre, sie wurde aber auch von *Welzel*<sup>83</sup>, wenn auch deutlich abgeschwächt, vertreten und *v. Hippels* Willensdogma ist – m. E. – eine weitere, ziemlich klare Variante dieses theologischen Dogmas.

<sup>78</sup> R. *v. Hippel* (Fn. 33), S. 308 Fn. 4.

<sup>79</sup> H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 138.

<sup>80</sup> H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 138.

<sup>81</sup> A. *Ross* (Fn. 11), S. 22.

<sup>82</sup> K. *Binding* (Fn. 6), S. 6.

<sup>83</sup> H. *Welzel* (Fn. 5), S. 1 ff.

Es gibt aber nicht nur methodologische Einwände gegen *v. Hippels* Willens-  
theorie, sie ist auch rechtspolitisch wenig empfehlenswert. Es gibt zweifellos einen  
Zusammenhang zwischen dieser (oder einer ähnlichen) Willenstheorie und z.B. der  
Betonung der Absicht als quasi Prototyp des Vorsatzes (dazu sogleich mehr), der  
Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (§ 23 III StGB) und der Strafbarkeit des  
Versuchs einer Beteiligung (§ 30 StGB). In diesen Fällen ist es mehr oder weniger  
der böse Wille, der bestraft wird. Solange dies so ist, bleibt das rationale rechtspoli-  
tische Postulat, der Zweck des Strafrechts sei der Schutz elementarer (Rechts-) Gü-  
ter, nur ein unvollendetes Programm.<sup>84</sup>

bb) *v. Hippels* Zurechnungsmuster

Beschreiben wir das Modell noch einmal mit einigen knappen Sätzen. Von einem  
(idealen) Akteur *primär* gewollt sind die als wünschenswert erstrebten (und natürlich  
vorgestellten) Folgen seiner Handlung. Die mit dem erstrebten Erfolg nach der  
Vorstellung des idealen Akteurs als Bedingung („Mittel“) oder Folgen („Nebenfol-  
gen“) notwendig verbundenen (Bedingungen oder) Folgen sind *sekundär* gewollt,  
weil diese nur als Gesamtergebnis (mit-) erstrebt sein können. *Tertiär* gewollt sind  
die mit der Bedingung oder Folge nach der Vorstellung des (idealen) Akteurs mög-  
licherweise verbundenen weiteren Folgen, wenn der Vollzug der Handlung dem  
Akteur insgesamt „lieber“ ist, als der Verzicht auf die Ausführung seiner Handlung.

Einen Gedanken aus der (obigen) methodischen Kritik wieder aufnehmend,  
muss zuerst gefragt werden, welche Bedeutung hat das Muster? Ist es, wie es *prima*  
*facie* ja aussieht, ein Modell, referiert es über einen idealen Akteur, wie ich oben ge-  
legentlich schrieb? Ist es eine durch Induktion und Abstraktion entstandene Ideali-  
sierung? Das ist – m. E. – nicht der Fall. Es hat überhaupt keine deskriptive,  
sondern eine askriptive Bedeutung, es ist ein Zurechnungsmuster.<sup>85</sup> Nicht die  
einzige, aber vermutlich die wichtigste Frage ist, ob die Zurechnung tatsächlich  
von „dem Willen“ (iSv: psychisches Faktum einer Person) abhängt? Oberflächlich  
betrachtet ist es ganz einfach konstruiert: *v. Hippel* startet mit einem offenbar  
evidenten Fall, anschließend folgen zwei weitere Kreise der Zurechnung, wie  
eingangs knapp zusammengefasst beschrieben.

Folgen wir der stetigen Extension in kritischer Absicht. Primär gewollt sind al-  
so die als wünschenswert erstrebten Folgen einer Handlung. Im Falle meines ge-  
rigen T hat T danach das Erbe gewollt. Übrigens ist es in keiner Weise (irgendwie)  
zwingend, T's Handlung genau so zu beschreiben. T kann – nach einer anderen  
Beschreibung – auch etwas anderes erstrebt haben, etwa die Tilgung großer Schul-  
den, oder er „wollte“ seine Schulden tilgen, um seine dadurch schon recht zerrütte-  
te Ehe vielleicht doch noch zu retten. Man sieht, je nach der gewählten Beschrei-  
bung „verschiebt“ sich das Muster. Aber der Einfachheit halber wollen wir diesen

<sup>84</sup> A. Ross (Fn. 11), S. 20.

<sup>85</sup> H. Kelsen (Fn. 65), S. 145.

wichtigen Punkt (der Charakter einer Handlung relativ zu ihrer Beschreibung<sup>86</sup>) hier vernachlässigen (auch in der (Vorsatz-) Dogmatik wird dieser Punkt ja ganz ausgeblendet) und einfach davon ausgehen, dass T in den Besitz des Vermögens kommen möchte – das genau ist das als wünschenswert erstrebte Ziel seiner Handlung. Gegeben: diese Variante ist tatsächlich der evidente Fall in *v. Hippels* Zurechnungsmuster. Dennoch enthält es einige nicht unerhebliche und ungelöste Probleme. Es beginnt mit der Frage nach dem Gewicht dieser Variante für die Zurechnungsdogmatik. Falls T tatsächlich in den Besitz des Vermögens gekommen sein sollte, so ist es zweifellos möglich, ihm diese Folge als Ergebnis seiner Handlung zuzurechnen und es ist auch tatsächlich ein volitives Moment, das von T als wünschenswert erstrebte, das die Zurechnung trägt. Allein – welcher Staatsanwalt würde *diese* Zurechnungsfrage stellen? Natürlich hat *v. Hippel* dieses Problem gesehen. Er meint, dass diese Variante auf nur wenige Fälle passe („Mord aus Rache“), praktisch also nur eine marginale Rolle spiele. Dagegen spielt diese Variante im Kontext eines (eher) hypothetischen Falles eine gewichtige Rolle. Danach ist das als wünschenswert erstrebte Ziel („Mord aus Rache“) auch dann gewollt, wenn seine Realisierung nur wenig wahrscheinlich ist. Wer als mäßiger Schütze aus großer Entfernung einen Schuss gegen sein Opfer abfeuert in der *Absicht* es zu töten, der sei, je nach Verlauf der Handlung, auch dann eines (versuchten oder vollendeten) Tötungsdeliktes schuldig, wenn seine Chance, das Opfer zu treffen, tatsächlich nur gering war.<sup>87</sup> Das ist der Inhalt der im deutschen Strafrecht *völlig* unbestrittenen Doktrin, dass die Absicht die quasi reinste und klarste Form des Vorsatzes ist. In jedem Lehrbuch wird diese Doktrin in einer beinahe ritualisierten Form stetig wiederholt und, von einer Randbemerkung abgesehen<sup>88</sup>, habe ich keinen Autor gefunden, der dieses Dogma für begründungsbedürftig hält.

Dabei lässt sich – m. E. – recht plausibel demonstrieren, dass die Absicht (der „böse Wille“), dieser Prototyp des Vorsatzes, dem die weiteren Formen des Vorsatzes analog zu konstruieren sind, neben der Einsicht (Vorstellung) weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für die Zurechnung eines Erfolges ist. Um zu zeigen, dass der böse Wille (oder ein „Moment volitiv-emotionaler Bosheit“) keine notwendige Bedingung der Zurechnung ist, trägt *Roxin* dieses Beispiel vor: „Wer trauernden Herzens einen liebenswürdigen Gefangenenerwärter niederschießt, um dadurch zu entkommen, kann sich nicht mit den Worten ‚ich habe es nicht mit Willen getan‘ entschuldigen und damit meinen, daß er sich nicht von dem

<sup>86</sup> Vgl. etwa *W. Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 1, 2. Aufl. 1983, S. 484-486.

<sup>87</sup> Vgl. *H. Welzel* (Fn. 5), S. 67; *H.-H. Jeschke/Th. Weigend* (Fn. 42), S. 297; *C. Roxin* (Fn. 43), S. 437 Rn. 4.

<sup>88</sup> *C. Roxin*, Zur Normativierung des *dolus eventualis* und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in: FS Rudolphi, 2002, hgg. von K. Rogall, e.a., S. 243-257 (251) „Daß eine beabsichtigte Tötung nur deshalb keine vorsätzliche sein soll, weil die Erfolgsaussicht ex ante gesehen nicht besonders groß war, widerspricht der Sprachlogik und dem Schuldgehalt solchen Tuns.“ Dazu ist (knapp) zu bemerken, dass der „Schuldgehalt“ in diesem Falle ja gerade das Problem bedeutet und die „Logik“ an dieser Stelle gerade keine Rolle spielt.

Wunsch zu töten hatte leiten lassen. Ungeachtet seiner wunschkmäßigen Einstellung handelt er ‚willentlich‘, weil er wusste, was er tat, und diesen Ausweg wählte, statt weiterhin eingesperrt zu bleiben.“<sup>89</sup> Es kann also nur fraglich sein, ob ein Moment volitiv-emotionaler Bosheit neben der Einsicht in die Bedingungen und Folgen der Tat eine hinreichende Bedingung der Zurechnung sein könnte. Genau das behauptet ja die ganz h.M. mit dem Verweis auf den Fall des Schusses aus großer Entfernung. Es ist aber fraglich, ob die h.M. den Absichtsbegriff an dieser Stelle richtig deutet. Es könnte nämlich sein, dass die Absicht mit dem Zurechnungsproblem gar nichts zu tun hat.<sup>90</sup> Um das (vielleicht) zu zeigen, betrachte man den stetig in diesem Zusammenhang zitierten Standardfall etwas genauer: Wegen des großen Abstandes und weil S ein miserabler Schütze ist, ist es unwahrscheinlich, dass S sein Opfer treffen und töten wird. „Die Relevanz der Absichtslehre zeigt sich nun darin, dass die Strafbarkeit dieser Handlung von den Wünschen ... des (S) ... abhängt.“<sup>91</sup> Falls S „nur“ die Absicht hatte, sein Opfer zu erschrecken (auch dieser Wunsch ist zweifellos ein böser Wunsch), so ist seine Tat zwar moralisch verwerflich, aber nicht strafbar. Wird die Handlung aber in dem unfrohen Wunsch ausgeführt, sein Schuss möge den O entgegen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit doch treffen und töten, so ist seine Handlung ein (versuchter oder vollendeter) Tötungsakt. Genau hierin liegt die Funktion der Absicht, wie *Ross* schreibt: „Sie macht eine Tat, die sonst nicht strafbar wäre, strafbar.“<sup>92</sup> Die Absicht ist ein Teil der Handlungsbeschreibung, sie konstituiert das Handlungsunrecht. Die Absicht ist also nicht das Zurechnungskriterium, sondern die Begründung für die Strafbarkeit einer Handlung. Nun mag man in diesem Fall den S bestrafen und die Zurechnung des Erfolges auch mit seinem „bösen Willen“ begründen (obwohl nach der Wahrscheinlichkeitstheorie dem S der Erfolg nicht zugerechnet werden würde), aber es ist doch evident, dass dann der „böse Wille“ bestraft wird und nicht die unwahrscheinliche Folge der Handlung, die dem S aufgrund „des bösen Willens“ zuzurechnen ist.

Schließlich führt die Absichtslehre auch zu außerordentlichen Beweisschwierigkeiten. Wie soll ein Staatsanwalt dem S beweisen, dass er, trotz der geringen Trefferchance, die Absicht hatte, sein Opfer zu töten oder/und die gegenteilige Behauptung des S, er habe lediglich die Absicht gehabt, sein „Opfer“ zu erschrecken, zu widerlegen? Vermutlich sind es die – m. E. – unlösbaren Beweisschwierigkeiten, die der Absichtslehre (die Absicht ist der Prototyp des Vorsatzes) eher den Status einer hypothetischen Größe eingebracht haben.

Prüfen wir anschließend, ob *v. Hippels* zweites Zurechnungskriterium ( $W_2$ ) akzeptabel ist. Danach sind die mit dem erstrebten Erfolg nach der Vorstellung des idealen Aktors als Bedingung („Mittel“) oder Folgen („Nebenfolgen“) notwendig

---

<sup>89</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 17.

<sup>90</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 20.

<sup>91</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 18.

<sup>92</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 20.

verbundenen Bedingungen oder Folgen ebenfalls gewollt („mitgewollt“), weil diese, nach *v. Hippel*, nur als Gesamtergebnis (mit-) erstrebt sein könnten. Im Falle meines gierigen T's hat T danach den Tod des O (nach T's Vorstellung das notwendige Mittel) und den Tod der M (nach T's Vorstellung eine notwendige Nebenfolge) *gewollt*. Anders formuliert: Beide Ereignisse (Tod des O, Tod der M) können T zugerechnet werden, *weil* er sie gewollt hat – so *v. Hippels* Willensdogma.

Wenn wir nun *v. Hippels* Zurechnungsprinzip auf seine Stimmigkeit prüfen, so wird es nützlich sein, zwei Fragen zu trennen: Die Frage, ob die Zurechnung (im Falle des T etwa) begründet ist, muss von der Frage unterschieden werden, ob der Zurechnungszusammenhang tatsächlich durch „den Willen“ begründet ist.

Prüfen wir zuerst die zweite Frage. Indem, wie in (aa)) dokumentiert, *v. Hippel* selbst sagt, dass als „mitgewollt“ (oder „miterstrebt“) auch Bedingungen und Folgen sind, die außerhalb dieser notwendigen Verbindung, isoliert betrachtet, einem Akteur völlig *unerwünscht* sein könnten, *löst er die Koordination von Wunsch und Wille auf*. Dadurch entsteht eine psychologisch unmögliche Situation, eine Paradoxie. Nach *v. Hippel* „will“ nunmehr eine Person etwas (T will O töten), das sie, unterstellt man die alltagssprachliche Semantik des Wortes (Gewolltes ist Gewünschtes), die ja auch *v. Hippel* mindestens verbal anerkennt (der als wünschenswert erstrebte Erfolg ist gewollt), gerade *nicht* will, weil es ihr unerwünscht ist. Sollte T behaupten, dass er O nur widerwillig getötet hat, so ist an seiner Rede überhaupt nichts paradoxes. An dieser Stelle vollzog *v. Hippel* einen mehr oder weniger subtilen Wechsel in der Bedeutung seines Schlüsselwortes „Wille“. In der Koordination von Wunsch und Wille ist der Wille eine eigenpsychische Größe einer Person, löst man diese auf, dann wird der Wille zu einer nichtempirischen, normativen Zurechnungskonstruktion.<sup>93</sup> Rhetorisch spitzfindig könnte man fragen: Wird dem T der Tod des O (und natürlich auch der M) zugerechnet, weil er ihn gewollt hat, oder hat er ihn gewollt, weil er ihm zugerechnet wird? M. E. gibt es gar keinen besseren Beleg für diese Paradoxie als den notorischen Lederriemenfall. Dort behauptet der BGH beinahe trotzig: „... Vorsatz kann auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Eintritt des Erfolges unerwünscht ist. Im Rechtssinne billigt er diesen Erfolg trotzdem, wenn er, um des erstrebten Zieles willen ... sich damit abfindet, daß seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit ... will ...“<sup>94</sup>

Idealiter wird hier Wollen und Wünschen getrennt und ein Wollen „im Rechtssinne“ postuliert; dieses Wollen referiert aber nicht auf einen (eigen-) psychischen Tatbestand (Vermögen, Disposition) des Aktors, sondern bedeutet eine fiktive (normative) Zurechnungskonstruktion, der keine Bewusstseins erfahrung korrespondiert. Warum der BGH diese unlogische Behauptung einer kritischen Auseinandersetzung mit der Willenstheorie vorgezogen hat, darüber lässt sich nur speku-

<sup>93</sup> Vgl. noch einmal *H. Kelsen* (Fn. 65), S. 145.

<sup>94</sup> Zitiert nach *C. Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363, in: *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 209-234 (216/217).



lieren. Vermutlich hat *A. Ross* Recht, wenn er schreibt: „Wenn es angemessen erscheinen mag ‚zu sagen‘, daß auch der (unerwünschte, H. K.) Erfolg ‚gewollt‘ ist, beruht dies darauf, daß man sich im voraus darauf eingestellt hat, zurechenbare Handlungen als ‚gewollt‘ zu bezeichnen.“<sup>95</sup>

Dass in den Fällen einer nach der Vorstellung des Aktors notwendigen Verbindung zwischen Ziel, Mittel und Nebenfolge der Wille, entgegen dem Willensdogma, nicht das Zurechnungskriterium ist, bedeutet nicht, dass diese Bedingungen und Folgen nicht doch mit guten Gründen zugerechnet werden müssen. Nur muss die Zurechnung dann auf ein anderes psychisches Faktum gestützt werden als dem Willen. Nach der hier vertretenen (sog.) Vorstellungstheorie ist das entscheidende Zurechnungskriterium kein volitives, sondern ein kognitives, das *Wissen* eines Aktors um die Eigenschaften seiner intendierten Handlung, die ihre Strafbarkeit bedingen. Es ist *fair*, einem Actor alle mit dem Vollzug seiner Handlung als Bedingung oder Folge notwendig verbundenen Folgen (iwS) zuzurechnen, von denen er *musste*, dass sie im Vollzug seiner Handlung der Fall sein werden. Dass eine Zurechnung unter dieser Bedingung *fair* ist, ergibt sich aus dem oben beschriebenen Schuldprinzip. Alles, was ein Actor wissen muss um die intendierte Handlung zu unterlassen, ist, dass in ihrem Vollzug ein inkriminierter Erfolg wahrscheinlich der Fall sein wird. Danach ist T selbstredend für den Tod des O und der M verantwortlich – seine volitiv-emotionale Einstellung spielt schlechterdings gar keine Rolle.<sup>96</sup>

Prüfen wir abschließend *v. Hippels* drittes Zurechnungsprinzip ( $W_3$ ). Danach sind auch die mit dem Eintritt des als wünschenswert erstrebten Erfolges nach der Vorstellung des Aktors nur möglicherweise verbundenen weiteren Folgen dann gewollt, falls dem Actor die Ausführung der inkriminierten Handlung „lieber“ war, als die (gebotene) Unterlassung der Tat. Der gierige T ist danach auch für den Suizid der E verantwortlich, falls er, weil er z.B. ihre psychische Labilität kannte, es für möglich hielt, dass sie Hand an sich legen könnte, wenn ihm nur die Tötung von O und M „lieber“ war, als die Unterlassung des perfiden Mordes. *v. Hippels* Verwendung des Wortes „lieber“ in Zusammenhängen wie diesem ist schon recht kurios (seine zeitgenössischen Kritiker warfen ihm eine Vergewaltigung der Sprache vor, was *v. Hippel* entrüstet zurückwies), doch steht dieses Wort hier repräsentativ für alle bekannten Redewendungen, die für die Definition des *dolus eventualis* ein diskretes, volitiv-emotionales Element fordern. Der Grund dieser Forderung ist klar, er ergibt sich aus dem Willensdogma. Es ist – m. E. – nicht erforderlich, diese variantenreiche Theoriengruppe im Detail zu erörtern. Denn es gibt wenigstens zwei Argumente, die gegen jede Variante vorgetragen werden können. Mit dem ersten Argument kann behauptet werden, dass die *Doluskonzeption* der h.M. (auch) an dieser Stelle ziemlich inkonsequent wird. Nach der *dolus directus* zweiten Grades genannten Vorsatzform, wird einem Actor die mit dem Ziel oder

---

<sup>95</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 44.

<sup>96</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. S. 43/44.

Mittel „erstrebte“ (= Absicht) Nebenfolge (iS v. *Hippels*) dann zugerechnet, wenn er *musste* (iS hoher Wahrscheinlichkeit), dass sie mit dem Eintritt des Erfolges (Verwendung des Mittels) notwendig der Fall sein würde. Danach hat T den Besitz des Vermögens und den Tod des O erstrebt, beabsichtigt, wogegen ihm der Tod der M deshalb zugerechnet wird, weil er (in den Grenzen der Praxis) wusste, dass auch M getötet werden würde, falls O stürbe. Nehmen wir – mit *Welzel*<sup>97</sup> – an, *dolus eventualis* liege vor, wenn ein Akteur mit dem Eintritt eines Erfolges „rechnet“. Man kann ohne weiteres zugeben, dass die beiden Fälle sich im Grad der Wahrscheinlichkeit unterscheiden (obwohl eine Bemessung schwierig sein dürfte) und trotzdem die Frage stellen, warum im zweiten Fall (Suizid der E) die Zurechnung des Erfolges noch von einem volitiv-emotionalen Element abhängen soll, im ersten aber nicht? Gibt es noch einen anderen Grund als das Willensdogma?<sup>98</sup> Falls das nicht der Fall sein sollte, dann müsste auch der *dolus eventualis* auf der Grundlage der Vorstellungstheorie konstruiert werden, etwa nach der Lehre *Hans Welzels*.

Das zweite Argument gegen das „lieber als“ zielt auf eine Art Implikation zwischen Tat und volitiv-emotionaler Einstellung. Folgt nicht aus der Tatsache, dass T O und M getötet *hat* im Bewusstsein, dass auch E diese Katastrophe nicht überleben könnte oder würde, nicht *per se*, dass ihm auch der Tod der E „lieber“ war, als die Unterlassung des Tötungsaktes? Ist dieses Merkmal nicht in Wirklichkeit redundant? Das hat *A. Ross* stets behauptet. Ein Zitat mag an dieser Stelle genügen. *Ross* schreibt: „Ein jeder, der in dem Bewusstsein handelt, dass seine Handlung möglicherweise einen kriminalisierten Erfolg (das mögliche Vorliegen eines Tatumstandes) bewirken wird, hat sich notwendigerweise damit abgefunden. Denn das Gegenteil hieße doch, daß er sein Vorhaben aufgegeben hätte.“<sup>99</sup>

Ich fasse die hoffentlich einigermaßen subtile Analyse der Theorie des bösen Willens *pointiert* zusammen. Der Wille als eigenpsychische Größe einer Person (Koordination von Wunsch und Wille) spielt für die Zurechnung praktisch keine Rolle.

### III. Jenseits von Vorstellungs- und Willenstheorie

In diesem Abschnitt möchte ich, in zwangloser Folge, einige neuere Arbeiten zur Vorsatzdogmatik in der gebotenen Kürze besprechen. Sie haben tatsächlich einen kleinsten gemeinsamen Nenner, der darin bestehen soll, „die lähmende Alternative von kognitiven und volitiven Ansichten der Vorsatzlehre hinter sich gelassen (zu) haben.“<sup>100</sup> Wenn das so sein sollte, so wären sie ernsthafte Konkurrenten zu der hier vertretenen Vorsatztheorie. Natürlich ist es an dieser Stelle nicht möglich, diese Konzepte vollständig zu erörtern. Mein Interesse und meine Frage ist nur auf

<sup>97</sup> *H. Welzel* (Fn. 5), S. 68.

<sup>98</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 111.

<sup>99</sup> *A. Ross* (Fn. 11), S. 103; vgl. auch S. 94, 97, 102, 107.

<sup>100</sup> *W. Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, in: *GS Arm. Kaufmann*, 1989, hgg. von *G. Dornseifer*, e.a., S. 289-309 (295).

ein wichtiges Detail gerichtet: Von welchem psychischen Faktum ist die subjektive Zurechnung abhängig? Die Autoren diskutieren das Problem aus nahe liegenden Gründen als Problem der Abgrenzung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit.

Auf die soeben gestellte Frage, von welchem psychischen Faktor die subjektive Zurechnung abhängen soll, antwortet *Roxin*, wenn es der Fall ist, dass ein Akteur eine „Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung“<sup>101</sup> getroffen hat. Auf die anschließend selbst gestellte Frage: „Wann liegt eine Entscheidung für die mögliche Tatbestandsverwirklichung vor?“<sup>102</sup> gibt *Roxin* aber *zwei* Antworten, die – m. E. – nicht unbedingt zusammen passen. (Die Unklarheit, ob nun die „Planverwirklichung“<sup>103</sup> oder die „Entscheidung“<sup>104</sup> das „Wesen“ des Vorsatzes ausmacht, übergehe ich hier.) Wiederholt trägt *Roxin* vor, eine Entscheidung eines Akteurs gegen ein Rechtsgut könne angenommen werden, wenn der Täter seine Handlung vollzog, obwohl er wusste, dass dann auch der inkriminierte Erfolg der Fall sein würde.<sup>105</sup> *Roxin* schreibt aber auch, dass die Zurechnungsfrage („Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung“) von der „Würdigung aller Umstände des Einzelfalles“<sup>106</sup> abhängen. In diesem Falle sei die Zurechnung nicht auf einen „nackte(n) psychische(n) Befund“ gestützt, sondern sie ist „nach normativen Maßstäben zu beurteilen.“<sup>107</sup>

Pointiert formuliert glaube ich, dass *Roxins* (hier nur skizzierte) Zurechnungslehre in einer Art Zwickmühle steckt: Im ersten Fall gibt es wohl einen psychischen Tatbestand (die Entscheidung einer Person), aber er ist redundant, weil er aus dem Vollzug einer Handlung im Bewusstsein der schlimmen Folge geschlossen wird. Im zweiten Fall ist die Zurechnung vermutlich eine hypothetische Konstruktion (verschleiert durch den Ausdruck „normative Maßstäbe“). Die offene Frage lautet: auf welches psychische Faktum referiert in diesem Falle die „normative Zuschreibung“?<sup>108</sup>

In seinem 1989 publizierten Aufsatz „Kennzeichen des Vorsatzes“<sup>109</sup> versucht *Hassemer* zunächst zu zeigen, welches das entscheidende *begriffliche* Merkmal des Vorsatzes ist und anschließend, wie der so definierte Vorsatz in einem Prozess *bewiesen* werden könnte. Dieses werden wir später (in IV.) näher erörtern, von jenem sei jetzt die Rede. Warum wird ein vorsätzlich herbeigeführter inkriminierter Erfolg stärker sanktioniert als ein fahrlässig verursachter? Weil im ersten Fall eine *Entscheidung* gegen ein Rechtsgut *und* die es schützende Norm enthalten ist, im

---

<sup>101</sup> C. *Roxin* (Fn. 43), S. 446 Rn. 23.

<sup>102</sup> C. *Roxin* (Fn. 94), S. 226.

<sup>103</sup> C. *Roxin* (Fn. 43), S. 438 Rn. 7.

<sup>104</sup> C. *Roxin* (Fn. 94), S. 224.

<sup>105</sup> C. *Roxin* (Fn. 94), S. 231, 224; *ders.* (Fn. 43), S. 446 Rn. 23 und S. 448 Rn. 7.

<sup>106</sup> C. *Roxin* (Fn. 43), S. 450 Rn. 31.

<sup>107</sup> C. *Roxin* (Fn. 43), S. 449 Rn. 30; *ders.* (Fn. 88), S. 243, 247.

<sup>108</sup> C. *Roxin* (Fn. 43), S. 450 Rn. 31.

<sup>109</sup> W. *Hassemer* (Fn. 100).

zweiten aber nicht.<sup>110</sup> „Der Vorsatz ist im Verhältnis zur Fahrlässigkeit ... ein hervorgehobener Modus des ‚Dafür-Könnens‘.“<sup>111</sup> Übrigens folge dieser Unterschied nicht aus ontologischen oder sachlogischen Strukturen, sondern sei deontologisch begründet.<sup>112</sup> Kurz: Die „Entscheidung gegen das Rechtsgut“ (und gegen die Norm, wie zu ergänzen wäre) ist das entscheidende Kennzeichen des Vorsatzes. Aber wann ist man denn zu der Annahme einer solchen Entscheidung berechtigt? Hierzu schreibt *Hassemer* diesen bemerkenswerten Satz: „Für den Vorsatz unverzichtbar ... sind die Merkmale, welche das besondere Verhältnis des Vorsatztäters zur Norm kennzeichnen: Er muß die Informationen über die Gefahr für das Rechtsgut nicht nur ‚haben‘, sondern für sich ‚annehmen‘, ‚für sich gelten lassen‘, sie zur Grundlage ‚seines‘ Handelns machen und das heißt: sie ‚wollen‘ ...“<sup>113</sup> Wie die traditionellen Vorsatzformen im Lichte der „Entscheidungstheorie“ interpretiert werden müssen, ist abschließend schnell beschrieben. Richtig gedeutet bedeutet der apokryphe Ausdruck „Billigen im Rechtssinne“ nichts anderes als „Entscheidung gegen das Rechtsgut“.<sup>114</sup> Auch werde ein Akteur, der die schädigenden Umstände oder/und Folgen seiner Handlung kenne, mit seiner „Behauptung, dies entspreche aber nicht seiner ‚Entscheidung‘, nicht gehört.“<sup>115</sup> Und selbstverständlich entspreche es auch der „Entscheidungstheorie“, dass einem Akteur auch ein sehr unwahrscheinlicher Erfolg zugerechnet werde, falls er ihn „erstrebe“.<sup>116</sup>

Ich glaube, es ist kaum zu bestreiten, dass zwischen *Hassemers* „Entscheidungstheorie“ und der traditionellen Willenstheorie bestenfalls ein verbaler Unterschied besteht. Dann können alle Argumente gegen diese auch gegen jene vorgetragen werden. Nur ein Punkt sei hier erwähnt. Wie in der Tradition, werden auch iR der „Entscheidungstheorie“ zwei Fragen konfundiert: Die Frage, von welchen psychischen Bedingungen hängt die Zurechnung eines Erfolges zu einer Person ab, hat mit der Frage nach der Begründung einer höheren Sanktion für vorsätzliches Handeln („dem hervorgehobenen Modus des Dafür-Könnens“) schlechterdings nichts zu tun.

Von erheblichem Gewicht ist dagegen *Hassemers* Kritik der „volitiven Lehren“.<sup>117</sup> Mit Ausdrücken wie „billigen“, „in Kauf nehmen“, „sich abfinden“, „gleichgültig sein“, „ernst nehmen“ usw. werde gar nicht, wie die h.L. meine, ein psychischer Sachverhalt *beschrieben*, sondern lediglich oberflächlich „paraphrasiert“.<sup>118</sup> Das Wort Vorsatz referiere nämlich nicht über eine Eigenschaft oder Fä-

<sup>110</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 296/297.

<sup>111</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 296.

<sup>112</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 293, 294.

<sup>113</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 297; Hervorh. von H. K.

<sup>114</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 298.

<sup>115</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 299; das ist – unfreiwillig – allerdings ein starkes Plädoyer für die hier vertretene Vorstellungstheorie.

<sup>116</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 298.

<sup>117</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 301.

<sup>118</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 302.

higkeit einer Person, sondern über eine (psychische) Disposition.<sup>119</sup> Solche Dispositionen ließen sich nur über „Indikatoren“<sup>120</sup> erschließen; ohne diese seien Dispositionswörter bedeutungslos. Natürlich enthält das Argument einige wissenschaftstheoretische Schwierigkeiten<sup>121</sup>, aber es ist im Großen und Ganzen akzeptabel und es bedeutet ein wichtiges Datum für den Beweis des Vorsatzes.

M. E. aber gar nicht akzeptabel ist *Hassemers* Kritik der „kognitiven Lehren“.<sup>122</sup> Er meint, es komme nicht darauf an, „ob und wie riskant ein Handeln tatsächlich ist, nicht wie nahe ein Schaden objektiv lag ..., sondern ..., wie riskant und gefährlich das Handeln in den Augen des Handelnden war“.<sup>123</sup> Das ist völlig akzeptabel, *Hassemer* ist allerdings der Ansicht, die Proponenten der Vorstellungstheorie hätten dem entscheidenden Zurechnungskriterium „Wahrscheinlichkeit eines Erfolges“ eine objektive Bedeutung zugesprochen.<sup>124</sup> Diese (sagen wir) Unterstellung trifft aber, wie schon der Verweis auf *A. Ross* zeigt, eindeutig nicht zu.

Sehr zu Unrecht ist *Ingeborg Puppes* Vorsatzlehre ihren Kritikern zum Opfer gefallen<sup>125</sup>, auch wenn man einräumen muss, dass in ihrer grundlegenden Arbeit aus (1991)<sup>126</sup> Formulierungen enthalten sind, die die Kritikerchancen eher erhöhen. Aber der Reihe nach!

Starten wir mit *Puppes* zentralem Zurechnungsprinzip. Es lautet: „Maßgeblich ist ... 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.“<sup>127</sup> *Puppe* versteht den Wechsel von dem Nachweis eines psychischen Faktums („billigen“) eines Akteurs zur Interpretation des „Ausdruckswertes“ seiner Handlung als „Paradigmenwechsel“.<sup>128</sup> Ein großes Wort und womöglich ein großes Problem. Jedenfalls liegt die Frage nahe, ob dieser „Paradigmenwechsel“ (von der ersten Person – zur dritten Person – Perspektive) nicht in Wirklichkeit eine fiktionale oder hypothetische, mehr oder weniger *willkürliche* Askription (Attribution) bedeutet. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn diese Zurechnung („Interpretation“) an nachvollziehbare Kriterien (Regeln oder Prinzipien) gebunden wäre. Wann also kann man zu Recht den Vollzug einer Handlung als „Billigung“ des Erfolges *interpretieren* oder gehobener: ihr den „Ausdruckswert“ einer Billigung des Erfolges *zumessen*? Entscheidend ist die Gefährlichkeit (in *Puppes* Worten: „Qualität der Verletzungsge-

<sup>119</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>120</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>121</sup> Vgl. dazu *C.-F. Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 389 Fn. 2053.

<sup>122</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 301.

<sup>123</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 302.

<sup>124</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 301.

<sup>125</sup> Insbesondere *C. Roxin* (Fn. 88), S. 243/244, 250-256.

<sup>126</sup> *I. Puppe*, Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*, in: ZStW 103 (1991), S. 1-42.

<sup>127</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 14.

<sup>128</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 15.

fahr<sup>129</sup>) einer Handlung. Um den Schluss (die „Interpretation“) von der Gefährlichkeit auf die Billigung nachzuvollziehen, ist es zunächst nützlich, zwischen einer Handlungsweise (z.B. lügen) und einer Handlung (Realisierung einer Handlungsweise, z.B. Hans hat Franz belogen, indem er sagte ...) zu unterscheiden, ein Unterschied, von dem auch *Puppe* ausgeht („Typizität des Verletzungsprozesses“).<sup>130</sup> Nun ist die Gefährlichkeit vieler Handlungsweisen praktisch jedermann bekannt. Es gibt Handlungssituationen, die dem Akteur „nur die Wahl (lassen) die Handlung zu unterlassen oder den Erfolg zu akzeptieren.“<sup>131</sup> Wenn ein Akteur nun die (wohl: konkrete) Gefährlichkeit seiner Handlung (idS) kennt und sie gleichwohl vollzieht, so handelt er vorsätzlich. Vorsätzlichkeit besteht nach *Puppe* in der Kenntnis der (konkreten) Gefährlichkeit einer Handlung.<sup>132</sup> Das entspricht – cum grano salis – der hier vertretenen Ansicht. Die von den Kritikern stetig betonte Vagheit des Zurechnungskriteriums („Vorsatzgefahr“<sup>133</sup>) wird – selbstredend – von der Autorin selbst zugestanden<sup>134</sup> und ist in diesem Zusammenhang kein ernsthafter Einwand gegen das Kriterium.

Ein weiterer „Paradigmenwechsel“ wird von *Ulrich Schroth* angekündigt. *Schroth* argumentiert zunächst, dass mit Sätzen wie „A hat den Erfolg gewollt“ oder „B hat den Erfolg fahrlässig verursacht“ kein deskriptives Urteil ausgesprochen, sondern Verantwortung zugeschrieben wird<sup>135</sup> und fragt anschließend, wie sich die höhere Sanktionsdrohung vorsätzlicher gegenüber fahrlässigen Delikten (in seinen Worten: einer exklusiveren Form der Verantwortlichkeit) rechtfertigen lasse.<sup>136</sup> Ein vorsätzlich handelnder Akteur *negiere* die rechtlich geschützten Interessen des Anderen und das rechtfertige zweifellos die erhöhte Sanktion. Was zunächst wenig originell klingt, entpuppt sich dann aber doch zu einer originellen Idee, weil die Negation der Interessen des Anderen offenbar von einer besonderen Art sein muss. Eine solche Negation liege, nach *Schroth*, *nur* dann vor, wenn (und weil) der Täter „sich die Unrechtskonstitutionsbedingungen des Tatbestandes angeeignet hat.“<sup>137</sup> Diese „Aneignung“ muss man sich als eine Art inneren Monolog eines Akteurs mit den Bedingungen und/oder Folgen seiner inkriminierten Handlung vorstellen – und *Schroth* erörtert in kasuistischer Fülle solche möglichen Monologe. Er kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass „(e)in Täter, der erhebliche Gefahren seines Handelns sieht und es bewusst ablehnt, Stellung zu beziehen, (der) eignet

<sup>129</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 17.

<sup>130</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 21.

<sup>131</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 21.

<sup>132</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 17.

<sup>133</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 18.

<sup>134</sup> *I. Puppe* (Fn. 126), S. 21.

<sup>135</sup> *U. Schroth*, Die Differenz von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit, in: JuS 1992, 1-8 (6 l. Sp.).

<sup>136</sup> *U. Schroth* (Fn. 135), S. 6 r. Sp.

<sup>137</sup> *U. Schroth* (Fn. 135), S. 7 l. Sp.

sich die Unrechtskonstitutionsbedingungen eines Tatbestandes an.<sup>138</sup> Dass die Verweigerung einer Aneignung eine Aneignung sein soll, ist eine psychologisch unmögliche – paradoxe – Konstruktion. So ist auch Schweigen an sich keine Willenserklärung und nur dann eine Erklärung, wenn die *Norm* gilt, dass unter bestimmten Bedingungen das Schweigen einer Person als Erklärung bewertet werden *soll*. Es ist aber klar, dass in diesem Fall die Willenserklärung fiktional ist. Explizit formuliert lautet *Schroth's* Zurechnungsregel also so: Einer Person soll ein von ihr verursachter Erfolg auch dann zugerechnet werden, wenn sie sich die „Unrechtskonstitutionsbedingungen eines Tatbestandes“ *nicht* angeeignet hat. Das ist in der Tat ein originales aber wenig empfehlenswertes Zurechnungsprinzip.<sup>139</sup>

*Schünemann's* Kritik des Willensdogmas könnte radikaler gar nicht sein. Das mit den Ausdrücken wie „in den Kauf nehmen von“ oder „vertrauen auf“ versuchsweise beschriebene volitiv-emotionale Bewusstseinsphänomen sei nicht deshalb schwer nachweisbar, weil Fremdpsychisches nun einmal nicht direkt wahrnehmbar ist, sondern weil derartige Bewusstseinszustände im Handlungszeitpunkt einer Person gar nicht existieren.<sup>140</sup> Es gibt nur das Wort („sprachliche Wendungen“<sup>141</sup>), dem aber kein (mentaler) Gegenstand korrespondiert. Rhetorisch eindrucksvoll nennt er seine Analyse und Kritik der traditionellen Willentheorie „eine Umwandlung des psychologischen Vorsatzbegriffes in einen philologischen Vorsatzbegriff.“<sup>142</sup> Mit desaströsen Folgen für das Zurechnungsproblem: Bei gleicher Kognition lassen sich Folgen willkürlich zu- oder nicht zurechnen oder in *Schünemann's* Worten, es handle sich um ein „bloße(s) Jonglieren mit philologischen Varianten ...“<sup>143</sup>

Empfiehlt er einen Rückgang auf die Vorstellungstheorie? Das ist leider nicht der Fall. Die Lösung der Vorsatzfrage erwartet er von einem typologischen Vorsatzbegriff.<sup>144</sup> Ausgangspunkt der *Schünemann's*chen Konstruktion ist – einmal mehr – die Frage nach der Rechtfertigung einer stärkeren Sanktion vorsätzlichen Handelns.<sup>145</sup> Warum also wird ein Akteur, der eine inkriminierte Handlung vorsätzlich vollzieht, strenger bestraft als Jemand, der einen Erfolg nur fahrlässig verursacht? *Schünemann* glaubt, es läge an *zwei*, sagen wir, Momenten: Ein vorsätzlich handelnder Akteur missbrauche seine qualifizierte Vermeidemacht („Missbrauch qualifizierter Vermeidemacht“<sup>146</sup>) und er offenbare „eine für die Rechtsgüter be-

<sup>138</sup> U. *Schroth* (Fn. 135), S. 8 r. Sp.

<sup>139</sup> Vgl. auch B. *Schünemann*, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: FS Hirsch, 1999, hg. von Th. *Weigend*/G. *Kipper*, S. 363-378 (369).

<sup>140</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 367, Z. 19-15.

<sup>141</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 368.

<sup>142</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 368.

<sup>143</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 368.

<sup>144</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 370-376.

<sup>145</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 371.

<sup>146</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 371.

sonders gefährliche Gesinnung.“<sup>147</sup> Typologisch sei die Konstruktion, weil beide Momente gewichtet werden könnten. Einem Akteur könnte danach ein Erfolg als vorsätzlich verursacht auch dann zugerechnet werden, wenn seine Realisierung sehr unwahrscheinlich gewesen sei, vorausgesetzt, er handelte in äußerst verwerflicher Gesinnung; vice versa: war der Erfolg nach der Vorstellung des Akteurs eine notwendige Nebenfolge, so spiele es keine Rolle, ob diese erwünscht oder nicht erwünscht gewesen sei.<sup>148</sup>

Diese Skizze mag genügen. Die Verwandtschaft dieses „typologischen Vorsatzbegriffes“ mit dem v. Hippel'schen Zurechnungsmuster ist kaum zu übersehen. Insoweit ist deshalb auch hierzu schon alles gesagt. Darüber hinaus enthält das Konzept zwei – m. E. – gravierende Probleme. Die Frage, ob ein Akteur einen Erfolg vorsätzlich verursacht hat, ist die schlechterdings entscheidende Zurechnungsfrage, § 15 StGB. An diesem sensiblen Punkt sollte man keine Typusbegriffe verwenden; die Gewichtung von Merkmalen ist kaum vorzugswürdiger als das „Jonglieren mit philologischen Varianten“. Zweitens ist die Gesinnung eines Akteurs als Element des Vorsatzes nicht nur an sich problematisch, sondern dekonstruiert *Schünemanns* Vorsatzbegriff. Wenn ein Wort wie „Wille“ gar kein mentales Bewusstseinsphänomen repräsentiert (das hat *Schünemann* in seinem kritischen Teil betont), ja, warum soll dann für „Gesinnung“ etwas anderes gelten? Um diesen (versteckten?) Widerspruch zu vermeiden, behauptet *Schünemann* ohne jede Begründung, „in dem Gesinnungsmoment (stecke) ... auch (ein) objektiver Sachverhalt“<sup>149</sup> und gebraucht das Wort damit gegen seine tradierte Semantik.

Am Schluss meines literarischen Streifzuges möchte ich auf ein bemerkenswertes Wort *Roxins* zurückkommen. Zu dem (endlosen!) Streit um den richtigen Vorsatzbegriff schrieb er: „Etwas prinzipiell Neues wird sich nach allem, was zum Thema in den letzten 100 Jahren gesagt worden ist, nicht mehr auffinden lassen.“<sup>150</sup> In der Tat. Die Versuche, eine Position jenseits von Vorstellungs- und Willenstheorie zu finden, führen doch nur zu Reformulierungen schon bekannter Ansätze und Argumenten. Das Ziel des Nachdenkens muss ein anderes sein. Man muss zu zeigen versuchen, welche der (sich wenigstens teilweise widersprechenden) Theorien aus welchen Gründen vorzugswürdig ist. Dieser Versuch ist hier unternommen worden.

---

<sup>147</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 371.

<sup>148</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 374.

<sup>149</sup> B. *Schünemann* (Fn. 139), S. 372.

<sup>150</sup> C. *Roxin* (Fn. 94), S. 233.



## IV. Zum Beweis des Vorsatzes

### 1. Präliminarien

Beginnen wir mit der Beschreibung einiger Fakten, die, jedes für sich, kaum streitig sein dürften und die untereinander auch nur locker verbunden sind. Im (Straf-) Prozess geht es um die „geordnete (Re-) Konstruktion eines vergangenen singulären Geschehens ...“<sup>151</sup> Wenn A den B, um ein Beispiel *Hruschkas*<sup>152</sup> zu verwenden, aus kurzer Distanz mit einem Jagdgewehr erschossen hat, so sind im Verfahren gegen A, so entspricht es der Zurechnungsdogmatik (und den nämlichen Normen), primär Antworten auf zwei Fragen zu finden: (i) Hat A den Tod des B *verursacht*? (ii) Hat A den Tod des B *vorsätzlich* verursacht? Lautet das Ergebnis der Beweisaufnahme: A hat den Tod des B *vorsätzlich verursacht*, so wird mit diesem Satz ein Wahrheitsanspruch iSd klassischen Korrespondenztheorie der Wahrheit verbunden – durchaus auch für (ii).<sup>153</sup>

Die Vorgaben des BGH zum Beweis des Vorsatzes sind natürlich von besonderem Gewicht. Nach ständiger Rechtsprechung (BGHSt 36, 1) ist zu beweisen, dass ein Akteur (i) *wusste*, welche Folgen seine Handlung haben würde (oder schwächer, aber ausreichend: dass er wusste, dass im Vollzug seiner Handlung auch der Eintritt einer schlimmen Folge möglich sei) und dass er (ii) den Eintritt des Erfolges *wollte* (oder schwächer: ihn billigend in Kauf nahm). Damit verbindet der BGH aber noch einige Postulate, eine Art prozessuale Regieanweisung: (iii) Als Elemente des Vorsatzes sind *Wissen* und *Wollen* distinkte aber gleichgewichtige psychische Tatsachen. (iv) Sie müssen, jede für sich, getrennt bewiesen werden. (v) Insbesondere müsse das voluntative Element sorgfältig geprüft und bewiesen werden (sog. „Hemmschwellentheorie“), ein Schluss – verkürzt formuliert – von „Wissen“ auf das „Wollen“ sei nicht zulässig.

Die Rechtsprechung des BGH zum Vorsatz war (und ist) Gegenstand heftiger Kritik; den Mittelpunkt bilden die Auseinandersetzungen um die Punkte (ii) und (v). Weitere Einzelheiten zu diesen Fragen und Problemen können offenbleiben, schon deshalb, weil ich nicht die Absicht habe, die Rechtsprechung (erneut) zu analysieren und zu kritisieren und vor allem, weil *Frisch*<sup>154</sup> hierzu in mehreren Publikationen eigentlich schon alles gesagt hat.

Ausgangspunkt für das hier zu erörternde grundlegende Problem des Vorsatzbeweises sind zwei (nur und vielleicht in Details strittige) Prämissen: Darüber, was

<sup>151</sup> C.-F. Stuckenberg (Fn. 121), S. 384.

<sup>152</sup> J. Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: FS Kleinknecht, 1985, hgg. von K. H. Gössel/H. Kauffmann, S. 191-202 (194).

<sup>153</sup> C.-F. Stuckenberg (Fn. 121), S. 384.

<sup>154</sup> W. Frisch (Fn. 7), S. 322 ff.; *ders.*, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung, in: GS Meyer, K. Geppert/D. Dehnicke (Hrsg.), 1990, S. 533-566 (insb. S. 550-554). Die „Wissenskomponente“ thematisiert W. Frisch in: Vorsatz und Mitbewusstsein – Strukturen des Vorsatzes, in: GS Arm. Kaufmann, G. Dornseiter e.a. (Hrsg.), 1989, S. 311-350.

eine Person *will*, kann nur diese Person selbst etwas durch Introspektion erfahren und darüber berichten. Aus nahe liegenden Gründen darf das Recht in seiner praktischen Anwendung aber auf die Resultate der Selbstbeobachtung nicht angewiesen sein.<sup>155</sup> Weil das sog. Fremdpsychische also unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung nicht zugänglich ist, muss der Vorsatz *erschlossen* werden, eine andere Möglichkeit gibt es nicht.<sup>156</sup> Aber dann taucht vor dem Forum des Gerichts ein außerordentliches Problem auf. *Kelsen* beschreibt es so: „Wenn in den Unrechtstatbestand ‚Wille‘, ‚Absicht‘ oder andere psychische Vorgänge als Voraussetzungen aufgenommen erscheinen, so sind darunter lediglich äußere, dem Richter objektiv erkennbare Momente zu verstehen, welche die *Annahme* der betreffenden psychischen Vorgänge als *möglich* zulassen. Nicht der wirkliche Wille, die wirkliche Absicht ist es, die der Richter in gewissen Fällen festzustellen hat – dies kann er ja gar nicht feststellen – und die zum Unrechtstatbestand gehören, sondern Bestandteile des letzteren sind äußere Umstände, auf Grund deren der Richter psychische Vorgänge juristisch *präsumiert*. Nicht bis zum realen psychischen Willensvorgange, sondern nur bis zur juristischen Präsumtion desselben reicht die Methode der Rechtswissenschaft.“<sup>157</sup>

Geschlossen wird von einem (oder mehreren) singulären Sachverhalt („Indizien“; Schuss aus kurzer Distanz mit einem Jagdgewehr) auf eine andere singuläre Sachverhaltsannahme, den Vorsatz (des A im Ausgangsfall). Das *Schlussschema*<sup>158</sup> sieht so aus:

<i>Fa</i>	<i>Indiz</i>
$1x (Fx \rightarrow Gx)$	generalisiertes Konditional
$Fa \rightarrow Ga$	spezialisiertes Konditional
<hr/>	
<i>Ga</i>	Sachverhaltsannahme

<sup>155</sup> C.-F. Stuckenberg (Fn. 121), S. 390-391.

<sup>156</sup> H.-J. Koch/H. Rießmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 274-275.

<sup>157</sup> H. Kelsen (Fn. 65), S. 157; Hervorh. von H. K.; vgl. auch S. 138.

<sup>158</sup> H.-J. Koch/H. Rießmann (Fn. 156), S. 279.

Noch zwei Bemerkungen mögen diese Präliminarien abschließen. Die erste betrifft das generalisierte Konditional. Je nachdem, welcher Satz für das Konditional eingesetzt wird, ob eine Rechtsregel (Vermutungen, Fiktionen) oder ein deterministisches oder statistisches Gesetz, ändert sich die Validität des Beweises. Nur in dem idealen Fall vollständiger Indizien und eines oder mehrerer deterministischer Gesetze ist der Schluss deduktiv und „zwingend“. Der soeben zitierte *Kelsen* war stets der Ansicht, dass der Schluss von den „äußeren Tatsachen“ auf den Vorsatz nur mit einer „gewisse(n) Wahrscheinlichkeit“<sup>159</sup> möglich ist. Das zweite Problem betrifft Fragen nach dem ontologischen Status des Vorsatzes. Referiert das Wort nun auf einen „inneren Vorgang“ oder eine „innere Tatsache“ oder eine Disposition oder ist der Begriff gar ein sog. theoretischer Begriff? Damit zusammenhängend: Hat ein Satz wie „A handelte vorsätzlich“ einen deskriptiven oder askriptiven Gehalt?<sup>160</sup> *Stuckenberg* behauptet, diese Fragen seien „*rechtspraktisch* irrelevant“.<sup>161</sup> Etwas ausführlicher schreibt er: „Mit der ‚praktischen Irrelevanz des theoretischen Status des materiellen Vorsatzbegriffes ist gemeint, dass es für den *praktischen/prozessualen Vorsatzbegriff* ... unerheblich ist, ob bei Abschluss des Beweisverfahrens nun innere Tatsachen, Dispositionen oder theoretische Begriffe konstituiert sind.“<sup>162</sup> Grad’ so viel Pragmatismus verdient Zustimmung.

## 2. Literatur

Die im Folgenden zu erörternden Arbeiten enthalten den Versuch, eine *Methode* oder ein *Verfahren* zum Beweis des Vorsatzes zu entwickeln. Im Kern geht es natürlich um ein Schlusschema, möglichst ähnlich dem *Rießmann*’schen.<sup>163</sup> Interessant wird vor allem die Frage sein, welche „*Sätze*“ für das generalisierte Konditional stehen sollen.

### a) *Georg Freund*

Die Arbeit von *Georg Freund* ist, soweit ersichtlich, die umfänglichste und vielleicht grundsätzlichsste zu diesem Thema aus der Feder eines Strafrechtsdogmatikers. Seine Dissertation enthält drei Schwerpunkte, nämlich eine – m. E. überzogene – Kritik des Prinzips der freien Beweiswürdigung<sup>164</sup>, zweitens den Versuch, das (von ihm sog.) Fehlverurteilungsrisiko durch das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip zu rechtfertigen – dies ist der quantitativ umfänglichste Teil der Ar-

---

<sup>159</sup> *H. Kelsen* (Fn. 65), S. 138.

<sup>160</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 201-202.

<sup>161</sup> *C.-F. Stuckenberg* (Fn. 121), S. 386; Hervorh. von C.-F. S.

<sup>162</sup> *C.-F. Stuckenberg* (Fn. 121), S. 389; Hervorh. von C.-F. S.

<sup>163</sup> Zur Verwendung statistischer Erfahrungssätze vgl. H.-J. Koch/H. Rießmann (Fn. 156), S. 287/288.

<sup>164</sup> *G. Freund*, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, 1986, S. 44-55.

beit<sup>165</sup> –, was nach meiner Ansicht aber per se ausgeschlossen ist, und drittens das vom Autor selbst sog. Alternativenausschlussmodell (manchmal auch Alternativhypotheseausschlussmodell genannt). Nur von diesem Modell soll hier die Rede sein.

Seine (Re-) Konstruktion ist indessen nicht ganz einfach; ich kann nur *hoffen*, den Autor richtig verstanden oder besser: nicht ganz missverstanden zu haben. Zunächst könnte der interessierte Leser den Eindruck bekommen, dass das bekannte deduktiv-nomologische Erklärungsschema<sup>166</sup> eine Art Grundlage (oder auch nur ein Teil) auch des *Freund*'schen Alternativenausschlussmodells sei.<sup>167</sup> Indessen trägt der Eindruck. Nähere Textanalyse zeigt, dass *Freund*, den „Logische(n) Studien ...“ *Engisch*<sup>168</sup> folgend, den Beweis des Vorsatzes als Indizienbeweis (re-) konstruiert; („Es handelt sich daher insofern *immer* um einen Indizienbeweis.“<sup>169</sup>). Wird dieses Schlussverfahren aber auf den Vorsatzbeweis angewendet (Schluss von äußeren Tatsachen „I“ auf unmittelbarer Wahrnehmung nicht zugängliches Fremdpsychisches<sup>170</sup>  $I \rightarrow F$ ), so entsteht – nach *Freund* – ein *riesiges* Problem, denn der Schluss  $I \rightarrow F$  sei nur über eine *Analogie* möglich. „Ein Verfahren des Rückschließens von objektiven Indizien auf das Vorliegen von subjektiven Merkmalen ist darauf angewiesen, dass sich die schlussfolgernde Person in die Situation des Täters versetzt und einen Analogieschluss zu dem durchführt, was sie sich in der Situation selbst vorgestellt hätte.“<sup>171</sup>

Die Probleme dieser „Methode des Verstehens“ sind hinlänglich bekannt.<sup>172</sup> Führen sie dazu, dass das Schlussverfahren ( $I \rightarrow F$ ) für den Vorsatzbeweis untauglich ist?<sup>173</sup> Das ist, nach *Freund*, nicht der Fall. Es sei möglich von Indizien auf Fremdpsychisches zu schließen, vorausgesetzt, der Schluss ( $I \rightarrow F$ ) sei durch „*Erfahrungssätze*“<sup>174</sup> gestützt. Schematisiert sieht der Schluss etwa so aus:

<sup>165</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 56-134.

<sup>166</sup> H.-J. *Koch*/H. *Rißmann* (Fn. 156), S. 283/284.

<sup>167</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 13, 2. Abs.

<sup>168</sup> K. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 62 ff.

<sup>169</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 3; Hervorh. von G. F.

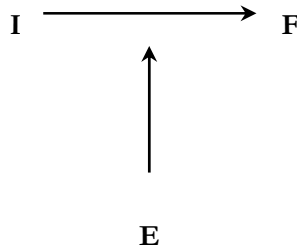
<sup>170</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 3, 5, 27.

<sup>171</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 5.

<sup>172</sup> W. *Stegmüller* (Fn. 86), S. 414-429 (417); das Gedankenexperiment ist *kein* Verifikationsverfahren, es liefert nur (phantasievoll?) Hypothesen.

<sup>173</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 5, 28.

<sup>174</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 13; Hervorh. von H. K.



Dieses Muster verwendet natürlich auch *Engisch*<sup>175</sup> und es ist, wie leicht zu sehen, dem *Rißmann*'schen nicht unähnlich. Lautete oben die Frage, welche Sätze dürfe man für das generalisierte Konditional einfügen, so lautet hier die Frage, welche „Erfahrungssätze“ (E) nach *Freund* als „nomologische Urteilsbasis“<sup>176</sup> infrage kommen. Hier liegt offenbar die „CruX“<sup>177</sup> seines Modells. Es gäbe deterministische und indeterministische Erfahrungssätze<sup>178</sup> sämtlich aus der Psychologie<sup>179</sup> und „Sätze der Lebenserfahrung“.<sup>180</sup> *Freund* nennt sie auch, wie so viele Juristen, „Alltagstheorien“<sup>181</sup>, die den Schluss von Indizien auf Fremdpsychisches ermöglichten. Anschließend folgen aber unklare, ja irritierende Ausführungen. Um zur nomologischen Urteilsbasis gezählt zu werden, müssen die „Sätze der Lebenserfahrung“ „hinreichend gesichert sein“, was vor allem bedeutet, dass sie sich kohärent in das System (wohl) deterministischer psychologischer Gesetze<sup>182</sup> einfügen müssen.<sup>183</sup> Aber *Freund* schreibt dann auch diesen Satz: „Die Fragestellungen der für den psychischen Bereich in erster Linie ‚zuständigen‘ empirischen Wissenschaft, der Psychologie, sind nicht auf das – normativ bedingte – Beweisproblem zugeschnitten.“<sup>184</sup> Aus diesem „Defizit“ folge, dass doch die „Alltagstheorien“ die „nomologische“ Urteilsbasis abgeben würden.<sup>185</sup> Das passt nicht recht zusammen. Und darf man sich bei der Vorsatzzuschreibung auf „Alltagstheorien“ verlassen? Das wird man wohl müssen, denn auch statistische Gesetze („Wahrscheinlichkeitsmodelle“<sup>186</sup>) sind in der Praxis des Strafverfahrens unanwendbar.<sup>187</sup> Die Begrün-

<sup>175</sup> K. *Engisch* (Fn. 168), S. 66, 67, 68, 71, 73.

<sup>176</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 14.

<sup>177</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 5.

<sup>178</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 17.

<sup>179</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 26/27.

<sup>180</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 15.

<sup>181</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 16.

<sup>182</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 17.

<sup>183</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 15-17.

<sup>184</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 26.

<sup>185</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 27.

<sup>186</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 20, 21.

<sup>187</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 18-22.

dung hierfür ist aber etwas merkwürdig. Im Strafverfahren gehe es ja um die (Re-)Konstruktion eines vergangenen singulären Ereignisses<sup>188</sup> und einem solchen Ereignis könne man keinen Wahrscheinlichkeitswert zumessen.<sup>189</sup> Das Argument hat aber mit dem hier zu lösenden Problem ( $I \rightarrow F$ ) vermutlich gar nichts zu tun.

Da diese ganze Argumentation – m. E. – in einer Sackgasse endet, unternimmt *Freund* einen Neuanfang. Nunmehr lautet die Frage, warum gelten (psychologische?)<sup>190</sup> Erfahrungssätze nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit? Und die Antwort: „Das beruht doch offensichtlich darauf, dass der Satz Ausnahmen kennt. Forscht man nach den Gründen, warum Erfahrungssätze mit dem offenen oder stillschweigenden Vorbehalt möglicher Ausnahmen aufgestellt werden, so zeigt sich, dass dies regelmäßig damit zusammenhängt, dass die Berücksichtigung bestimmter Ausnahmen bereits bei der Formulierung der Anwendungsbedingungen der Erfahrungssätze zu einem völlig ‚unhandlichen‘ Gebilde geführt hätte.“<sup>191</sup> Genauer ist *Freund* wohl der Ansicht, dass es gar nicht möglich ist, sämtliche Ausnahmen eines nicht zwingenden Erfahrungssatzes zu notieren, die Liste würde „viele Buchseiten umfassen“.<sup>192</sup> Was aber auf der nomischen Ebene nicht möglich oder nicht opportun sei, gelänge in einem individuellen Fall ohne weiteres. „Gleichwohl ist es ... möglich, am konkreten Fall auf der Grundlage eines nicht zwingenden Erfahrungssatzes sämtliche denkbaren Ausnahmen auszuschließen“, schreibt *Freund*.<sup>193</sup> Dieser Satz ist gleichzeitig der „Hauptsatz“ des Alternativhypothesenausschlussmodells. Sein Schlusschema sieht, nach einigen Unklarheiten, dann also so aus:



#### Alternativhypothesenausschlussmodell

Leider gibt *Freund* selbst kein (jedenfalls brauchbares<sup>194</sup>) Beispiel dafür, wie dieses „Modell“ funktionieren könnte; (das wird später aber von *Frisch* (in b)) sorgfältig demonstriert.

<sup>188</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 17.

<sup>189</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 19.

<sup>190</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 23.

<sup>191</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 22; Hervorh. von G. F.

<sup>192</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 22.

<sup>193</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 22; Hervorh. von G. F.

<sup>194</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 18, 32-40.

Indem wir uns nun der Kritik zuwenden, sollten wir einige Dinge konstatieren. *Freund* ist sich der Exzellenz seines Modells durchaus bewusst („eindeutige Überlegenheit des Alternativenausschlussmodells“<sup>195</sup>), empfiehlt es nachdrücklich allen Strafrichtern und erblickt darin die Lösung des Irrationalismusproblems, das er in dem Prinzip der freien Beweiswürdigung enthalten sieht.<sup>196</sup> Wenn aber mein Referat dieses Modells nicht ganz falsch sein sollte, so kann angenommen werden, dass dieses Modell nicht recht schlüssig konstruiert worden ist. Vieles ist ungenau, einiges ist unklar. Nur die Hauptprobleme dieses Modells möchte ich im Folgenden besprechen.

Das Kernstück dieser Konstruktion ist natürlich der sog. „nichtzwingende Erfahrungssatz“<sup>197</sup> und die sich „hinter den Wahrscheinlichkeiten verbergenden Ausnahmen“<sup>198</sup>, pointiert: die schwache Regel und die zahlreichen Ausnahmen, die die Brücke bilden sollen von I nach F. Ein Beispiel eines solchen (schwachen) Erfahrungssatzes ist etwa der Satz (R), „dass objektiv fremde Sachen auch als solche erkannt werden.“<sup>199</sup> Ein Beispiel dafür, wie die Ausnahmen zu diesem Satz lauten könnten, gibt es nicht.

Einige Fragen liegen förmlich auf der Hand. Handelt es sich bei Satz (R) wirklich um einen Erfahrungssatz? Ist es ein psychologisches Gesetz, wie *Freund* teils zweifelnd, teils behauptend, im Ergebnis aber wohl doch wenigstens insinuierten möchte? Oder gehört (R) zur Klasse der Sätze aus der Lebenserfahrung? Handelt es sich um eine grobschlächtige juristische „Alltagstheorie“? Eine Antwort mag der Leser selbst finden. Denn: Die Validität des Schlusses  $I \rightarrow F$  hängt wesentlich von dem von *Freund* sog. „nichtzwingenden Erfahrungssatz“ ab. Nur wenn es dem Autor gelingt zu zeigen, dass Psychologie und Lebenserfahrung (vielleicht gibt es auch noch andere Quellen) über derartige Sätze verfügen, kann sein Modell als praktisches Schlusschema funktionieren. In der gegenwärtigen Fassung ist es insoweit nur ein Fragment.

Nun zu den Ausnahmen. Sehe ich recht, so verfolgt *Freund* vermutlich die folgende Idee: Nehmen wir an, der Satz (R) „fremde Sachen werden auch als solche erkannt“ ist ein nichtzwingender Erfahrungssatz. Und nehmen wir weiter an, zu R gibt es eine bestimmte und bekannte Anzahl von Ausnahmen, sagen wir:  $A_1$ ,  $A_2$  und  $A_3$ . (Wie erinnerlich, ist das eine stark idealisierte Ausnahme, denn nach *Freund* füllt die Liste der Ausnahmen „viele Buchseiten“.<sup>200</sup>) Und nehmen wir schließlich an, X ist des Diebstahls angeklagt und er verteidigt sich mit dem Argument, er habe die Fremdheit der Sache nicht erkannt. Dann, so glaube ich, subsumiert *Freund* wie folgt:

---

<sup>195</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 44.

<sup>196</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 52.

<sup>197</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 22.

<sup>198</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 23.

<sup>199</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 18.

<sup>200</sup> G. *Freund* (Fn. 164), S. 22.

- (1) Fremde Sachen werden auch als solche erkannt. Also hat X vorsätzlich gehandelt.
- (2) Nach dem Alternativhypothesenausschlussmodell gilt das aber nur, wenn die Alternativhypothesen ausgeschlossen werden können.
- (3) Zu prüfen ist, ob die Alternativhypothesen
- (a)  $A_1 \dots$
  - (b)  $A_2 \dots$
  - (c)  $A_3 \dots$

ausgeschlossen werden können. (Mögliche Argumente für (a-c) kann man wohl getrost der Phantasie des Lesers überlassen.)

- (4) Wenn (3 a-c) ausgeschlossen werden können, so gilt R – und X hat vorsätzlich gehandelt; (oder ihm wird vorsätzliches Handeln zugeschrieben). Wenn, sagen wird, (3 b) nicht ausgeschlossen werden kann, so greift auch R nicht – und X handelte nicht vorsätzlich.

Soweit meine „Spekulation“.

Neben dem Problem um den nichtzwingenden Erfahrungssatz enthält der Ausschluss der Alternativhypothesen ein weiteres wichtiges Problem. Ist es wirklich möglich, die Klasse der Alternativhypothesen zu je einem nichtzwingenden Erfahrungssatz *vollständig* anzugeben? Sollte das nicht möglich sein, so funktioniert dieses Modell nicht, denn es handelt sich ja um eine Art negativen Beweis und der ist, wie bekannt, nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen möglich. Nehmen wir an, die *genaue* Anzahl der Ausnahmen zu einem bestimmten, nichtzwingenden Erfahrungssatz ist unbekannt und in einem konkreten Fall stehen drei Alternativhypothesen zur Debatte. Es gelingt, alle drei auszuschließen; (obwohl *Freund*, soweit ersichtlich, nicht demonstriert, *wie* dieser Ausschluss erfolgt). Wie lautet das Ergebnis jetzt (quasi rein) logisch? Der Angeklagte handelte vorsätzlich, oder: ob der Angeklagte vorsätzlich handelte, ist nach wie vor offen? Auch das ist ein offenes Problem des Alternativenausschlussmodells.

Ich fasse zusammen: Das Alternativhypothesenausschlussmodell enthält einige und gewichtige Probleme. Seine postulierte „Überlegenheit“ ist keineswegs gezeigt worden.



b) *Wolfgang Frisch*

Gegenwärtig sei die Vorsatzfeststellung ein ziemlich unordentliches Unternehmen. *Frisch* beschreibt es als „Anhäufung von Scheinargumenten“<sup>201</sup> oder als „Anhäufung von Indizien“<sup>202</sup> oder als „topische Anhäufung von Argumenten“.<sup>203</sup> Dringend erforderlich sei es, den Blick auf „die Struktur der Beweisführung zu lenken“<sup>204</sup> und die „Entwicklung einer adäquaten Dogmatik der Vorsatzfeststellung“<sup>205</sup> zu befördern. *Frisch*s „Beweistheorie“<sup>206</sup> ist ein Beitrag zu dieser Dogmatik. Die wichtigste Prämisse dieser Beweistheorie lautet so: „Die prozessuale Beweisführung läuft ... darauf hinaus, einen Sachverhalt bzw. genauer: die den Sachverhalt behauptende Hypothese dadurch als wahr zu belegen, daß die gegenläufigen Alternativen als mit dem relevanten sonstigen Gesamtsachverhalt unvereinbar ausgeschlossen werden.“<sup>207</sup> Auf den stets im Vordergrund stehenden dolus eventualis bezogen<sup>208</sup> lautet die Hypothese (H): Der Täter kannte die Gefährlichkeit seiner Handlung (also handelte er vorsätzlich); und die Alternativhypothese (Ah) lautet: (Trotzdem) vertraute der Täter auf einen guten Ausgang (handelte also nicht vorsätzlich).<sup>209</sup> Um den Vorsatz zu beweisen, muss also die Alternativhypothese ausgeschlossen werden. Wie wird (Ah) ausgeschlossen? In groben Zügen (denn zahlreiche Details sind unklar) ist es eine Argumentation pro und contra (Ah), etwa so: Pro: Gibt es Gründe, die das Vertrauen des Täters auf den guten Ausgang *stützen*? Hierzu notiert *Frisch* sorgfältig sechs (Typen von) Gründe(n).<sup>210</sup> An dieser Stelle genügt ein Beispiel. Das Vertrauen des Aktors auf den guten Ausgang ist sicher dann plausibel begründet, wenn das Risiko des Erfolgseintritts nur gering war oder/und der Täter das Risiko der schlimmen Folge als nur gering einschätzte.<sup>211</sup> Contra: Gibt es (Gegen-) Gründe, die, bleiben wir bei dem genannten Beispiel, trotz des geringen Risikos gleichwohl *gegen* die Annahme eines Vertrauens auf den guten Ausgang sprechen? Die „Liste“ dieser Gegen-Gegengründe (*Frisch* spricht ungenau von Gegengründen) ist leider sehr unklar.<sup>212</sup> Die Frage, ob das Erfolgsrisiko tatsächlich nur gering gewesen ist oder/und ob der Aktor das Risiko des inkriminierten Erfolges als nur gering eingeschätzt hat<sup>213</sup>, sind vielleicht klare Kandidaten für

<sup>201</sup> *W. Frisch*, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung, in: GS Meyer, K. Geppert/D. Dehnicke (Hrsg.), 1990, S. 533-566 (554).

<sup>202</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 555.

<sup>203</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 560.

<sup>204</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 555.

<sup>205</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 554.

<sup>206</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 562.

<sup>207</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 555.

<sup>208</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 555/556.

<sup>209</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 556 1. Abs.

<sup>210</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 556-558.

<sup>211</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 557.

<sup>212</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 558-561 (insb. S. 560).

<sup>213</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 559.

die hier zu erwägenden Gründe. Doch lassen wir die unklaren Details beiseite. Denn die entscheidende Frage liegt förmlich auf der Hand: Wie wird zwischen pro- und contra-Gründen entschieden? An dieser Stelle spielt der von *Frisch* sog. Kontrollbereich die entscheidende Rolle. An vielen Stellen schreibt er<sup>214</sup>, die Alternativhypothese sei am *Kontrollbereich* zu prüfen (obwohl man gelegentlich den Eindruck hat, dass dies nur für den contra-Teil von (Ah) gilt). Im Detail hat *Frisch* diese Prüfung nicht expliziert. Doch teilt er mit, was man sich unter dem Kontrollbereich vorzustellen habe und ob die Prüfung stets zu einem definitiven Ergebnis führe. Der Kontrollbereich besteht „aus der Gesamtheit der ... Ansatzpunkte möglichen Vertrauens und deren Gegensätzen.“<sup>215</sup> Entscheidungsdefinit ist das Verfahren nach Ansicht seines Autors leider nicht. *Frisch* schreibt (ernüchternd): „Mit Bezug auf gewisse Alternativhypothesen lässt sich meist nur sagen, dass sie nach dem Kontrollbereich mehr oder weniger zweifelhaft sind, nicht aber, dass sie ausgeschlossen seien.“<sup>216</sup>

Soweit zu *Frischs* Beweistheorie. Ich glaube, es lässt sich mit guten Gründen die Kritik vertreten, dass sie noch nicht bis zur Anwendungsreife durchgearbeitet ist. Da ist zunächst die Erwägung, dass diese Beweistheorie eine große Ähnlichkeit aufweist zu *Freunds* Alternativhypothesenausschlussmodell: die gegen jenes vorgebrachten Bedenken gelten folglich auch gegen diese. In einem Punkt gibt es freilich einen erheblichen Unterschied: In *Frischs* Beweistheorie fehlen die sog. „Erfahrungssätze“. Aber es gibt noch einige andere unklare Punkte. Wenn man die umfangreiche Liste der pro- und contra-Gründe iRd Alternativhypothese sorgfältig studiert<sup>217</sup>, so bleibt doch zweifelhaft, ob sie die postulierte Struktur aufweist oder doch nur ein Katalog von Topoi ist – der sie ja, nach *Frisch*' Anspruch, nicht sein sollte. Wenn das Verfahren, vielleicht nur gegenwärtig, zu keinem definitiven Ergebnis führt, so wird es für die Praxis (gegenwärtig) kaum eine Rolle spielen. Es gibt aber noch ein Problem, eine Art Zirkel, für das es wohl keine einfache Lösung geben dürfte. Der Kontrollbereich ist ein Maßstab (jedenfalls iwS des Wortes). Die Frage, ob das Vertrauen eines Aktors auf den guten Ausgang begründet oder nicht begründet gewesen ist, wird danach entschieden. Der Kontrollbereich besteht aber gleichzeitig aus all' den Fakten, die man für und gegen dieses Vertrauen vortragen könnte. Kann man Fakten durch sich selbst bemessen?

### c) *Winfried Hassemer*

*Winfried Hassemers* Entwurf für den Beweis des Vorsatzes bezeichnet es selbst als eine „strukturierende ... Skizze“.<sup>218</sup> Der Vorsatz sei „dem Blick des Betrachters

<sup>214</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 555, 558, 559, 560, 561.

<sup>215</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 559 3. Abs.

<sup>216</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 561 2. Abs.

<sup>217</sup> *W. Frisch* (Fn. 201), S. 556-561.

<sup>218</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307.

entzogen“.<sup>219</sup> „Der Vorsatz ist ... eine ‚Disposition‘, ein nicht unmittelbar beobachtbarer, innerer Zustand.“<sup>220</sup> Der Vorsatz könne nur über Indikatoren erschlossen werden, „außerhalb eines Schlusses über Indikatoren können wir vom Vorsatz nichts wissen ...“<sup>221</sup> Das einfache Schlusschema sieht offenbar so aus:  $I \rightarrow V$ . Was genau ist V, was gilt es zu erschließen? Erschlossen werden muss eine volitive („eine Entscheidung für das tatbestandliche Unrecht“<sup>222</sup>) und eine kognitive Disposition eines Aktors: „Die Vorstellung ... bezieht sich auf die Gefährlichkeit einer Situation für ein tatbestandlich geschütztes Rechtsgut.“<sup>223</sup> Nun zu dem Vorderglied des Konditionals, dem I. Worum handelt es sich bei den Indikatoren? Sie sollen den „verlässlichen Schluß auf den Vorsatz ermöglichen“<sup>224</sup> – und das ist nur unter drei Voraussetzungen möglich: die Indikatoren müssen die Bedingungen der „Beobachtbarkeit, Vollständigkeit und Dispositionsrelevanz“<sup>225</sup> erfüllen. Dramatisch seien die Folgen der Nichterfüllung auch nur einer Bedingung. Wenn die Indikatoren „bei der Anwendung des Dispositionsbegriffs unvollständig zusammengestellt (sind) oder (sie) indizieren ... die fragliche Disposition nicht, so ist ein falscher Schluss auf die Disposition garantiert.“<sup>226</sup> Wenn der Schluss  $I \rightarrow V$  „verlässlich“ sein soll, so hängt das nach *Hassemers* Lehre offenbar von der Liste der Indikatoren ab, insbesondere ihrer Vollständigkeit und Dispositionsrelevanz. Hat *Hassemer* eine solche Liste vorgelegt? Das ist – evident – <sup>227</sup> *nicht* der Fall und der Autor bezeichnet seinen „Katalog“<sup>228</sup> ja auch nur, wie eingangs erwähnt, als Skizze, die deutlich hinter den idealen Bedingungen des logischen Schlusses ( $I \rightarrow V$ ) zurückbleibt. Der Katalog enthält bekannte Topoi, die vielleicht in pragmatischer Absicht den Schluss  $I \rightarrow V$  plausibel machen könnten.<sup>229</sup> Das spricht gewiss nicht gegen die These, der Vorsatz müsse aus Indikatoren erschlossen werden, nur ist das Konzept in der jetzigen Fassung noch unvollständig. Der Schluss  $I \rightarrow V$  funktioniert (von der Vollständigkeit und Dispositionsrelevanz der Indikatoren einmal abgesehen) aber auch nur dann, wenn er durch Erfahrungsregeln (oder juristische Präsumtionen) gestützt wird. Diesen Punkt erwähnt *Hassemer* mit keinem Wort – vielleicht weil er ihn für trivial hält. Ein weiteres, leider ebenfalls offen gebliebenes Problem betrifft die Frage, wie die Idealbedingungen des Indikatorenkataloges, Vollständigkeit und Dispositionsrelevanz, erfüllt werden könnten. Sind nicht wenigstens dafür Erfahrungsregeln erforderlich? Am Ende seines Aufsatzes

---

<sup>219</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 303; vgl. auch S. 304.

<sup>220</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>221</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>222</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307.

<sup>223</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307.

<sup>224</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307.

<sup>225</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>226</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 304.

<sup>227</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307-308.

<sup>228</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307.

<sup>229</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 307-308.

argumentiert *Hassemer* gegen einen „Schematismus“<sup>230</sup> oder „Automatismus“<sup>231</sup> bei der Zurechnung des Vorsatzes. Ist das ein Plädoyer für Einzelfallgerechtigkeit?

d) *Joachim Hruschka*

Die interessanten historisch-prozessualen<sup>232</sup> Erörterungen können an dieser Stelle natürlich nicht gewürdigt werden. Hier geht es nur um den Beweis des Vorsatzes i.e.S. In diesem Zusammenhang vertritt *Hruschka* in seinem Aufsatz zwei Thesen, deren Gewicht oder/und Bedeutung für die Zurechnung<sup>233</sup> des Vorsatzes gar nicht hoch genug veranschlagt werden können. Einmal geht es um eine Implikationsbeziehung zwischen den Elementen „Wissen“ und „Wollen“ aus der Vorsatzdefinition. *Hruschka* schreibt: „Kraft der Implikationsbeziehung ‚Stets dann, wenn jemand eine bestimmte Handlung unter bestimmten Umständen vornimmt und dabei um den Charakter der Handlung und um die Umstände weiß, will er die Handlung auch vornehmen und unter diesen Umständen vornehmen‘, läuft es auf ein *venire contra factum proprium* und damit auf einen pragmatischen Selbstwiderspruch hinaus, wenn jemand, der eine Tat begangen und dabei um die Tat und die maßgeblichen Tatumstände gewusst hat, behauptet, er habe die Tat trotzdem nicht begehen wollen ...“<sup>234</sup> *Hruschka* selbst möchte damit nicht in Abrede stellen, dass ein Willenselement zum Vorsatz gehört (jedenfalls nicht in diesem Zusammenhang); er bezweifelt nur mit einem zweifellos starken Argument die vor allem vom BGH postulierte „Gleichrangigkeit“<sup>235</sup> der Elemente „Wissen und Wollen“. Nach meiner Ansicht hat die Implikationsbeziehung für die Rechtsprechung des BGH zum Vorsatz noch eine größere Bedeutung. Entgegen den Postulaten (iv) und (v) (oben S. 123) – ist es genau diese Implikation, die den Beweis des *dolus eventualis* „trägt“.

Damit verlagert sich der Schwerpunkt des Vorsatzbeweises auf das Wissenselement. Wenn T sein Opfer O aus kurzer Distanz mit einem Jagdgewehr erschießt<sup>236</sup>, so wird die Frage, ob er die kausalen Folgen seiner Handlung kannte, aus den „gesamten ‚äußeren‘ Umständen des Falles“<sup>237</sup> erschlossen. Diese „Methode“<sup>238</sup> habe eine respektable Tradition („*dolus ex re*“) und sicher hätten die Schüsse aus den äußeren Umständen auf den Vorsatz (oder eines seiner Elemente) auch eine gewisse „Plausibilität“.<sup>239</sup> Doch sind die Zweifel an dieser „Methode“,

<sup>230</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 308.

<sup>231</sup> *W. Hassemer* (Fn. 100), S. 309.

<sup>232</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 195-200.

<sup>233</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 201-202.

<sup>234</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 192.

<sup>235</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 193.

<sup>236</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 194.

<sup>237</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 194.

<sup>238</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 196.

<sup>239</sup> *J. Hruschka* (Fn. 152), S. 197.

eben dass dieser „Induktionsschluß“<sup>240</sup> kein „echter“ oder „voller“ Beweis sei, nie verstimmt.<sup>241</sup> *Hruschka* glaubt, dass diese Zweifel durch die falsche Voraussetzung begründet wären, der Vorsatz (insbesondere das Wissenselement) sei eine (wenn auch „innere“) „Tatsache“<sup>242</sup>, die beschrieben und bewiesen werde, wie die gewöhnlichen „äußeren“ Tatsachen. Diese (falsche) Voraussetzung gelte es „aufzugeben“.<sup>243</sup> „Wie alles Geistige wird auch ein Tatvorsatz nicht festgestellt und bewiesen, sondern *zugerechnet*. Es ist nicht ein deskriptives, sondern ein *askriptives* Urteil, das wir fällen, wenn wir sagen, dass jemand vorsätzlich gehandelt habe.“<sup>244</sup> Doch sei das Urteil, T habe O vorsätzlich erschossen, kein Willkürurteil – was leider vielfach mit dem „Zurechnungsurteil“ konnotiert wird. Der *dolus ex re* sei „nicht nur keine Willkür, sondern im Prinzip unsere einzige Möglichkeit, einen strafrechtlich relevanten Vorsatz aufgrund der gesamten ‚äußeren‘ Umstände zuzurechnen.“<sup>245</sup>

Ich fasse zusammen: Der Satz „T hat O vorsätzlich getötet“ ist ein askriptives Urteil. Der Vorsatz des T wird aus den äußeren Umständen (irgendwie) erschlossen (*dolus ex re*).

## V. Zurück zu *Fritz Loos*

Es ist nützlich, eine Bilanz zu ziehen. Was spricht für die (hier vertretene oder eine ähnliche) Vorstellungstheorie? In einem Satz zusammengefasst lautet die Antwort etwa so: Es entspricht dem Präventions- und Schuldprinzip einer Person die Bedingungen oder/und Folgen ihrer inkriminierten Handlung dann zuzurechnen, wenn sie wusste, dass diese im Vollzug der Handlung der Fall sein werden. Dieses Wissen ist notwendig aber auch ausreichend, um die intendierte Handlung zu unterlassen. Auch wird es einfacher sein ein solches Wissen zu beweisen als eine emotional-volitive Einstellung. Schon vor längerer Zeit schrieb *Löffler* in seinem bedeutenden Buch<sup>246</sup> über „Die Schuldformen im Strafrecht“ dies: „Der Wille ist etwas so Willkürliches, dass sich allgemeine Regeln, aus denen man auf den Einzelfall schließen könnte, nur schwer aufstellen lassen. Viel leichter ist schon der Nachweis der *Wissentlichkeit*.“<sup>247</sup>

Wenn meine Analyse der Willenstheorie nicht ganz falsch sein sollte, so lässt sich doch einiges gegen diese (oder eine ähnliche) Theorie vortragen. Diese Lehre

<sup>240</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 199.

<sup>241</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 199-200.

<sup>242</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 200.

<sup>243</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 200.

<sup>244</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 201; Hervorh. von J. H.

<sup>245</sup> J. *Hruschka* (Fn. 152), S. 244.

<sup>246</sup> Vgl. hierzu H. *Kelsen* (Fn. 65), S. 135 ff.

<sup>247</sup> Zitiert nach C.-F. *Stuckenberg* (Fn. 121), S. 394 Fn. 2077.

enthält ein gutes Stück theologische Metaphysik, die besser zum Vergeltungs- statt zum Präventionsprinzip und zu einem rationalen Rechtsgüterschutzkonzept passt. Das Konzept ist eindeutig inkohärent, weil der *dolus directus* zweiten Grades ein rein kognitives Zurechnungskriterium enthält. Unklar ist, ob das Wort tatsächlich – wie beansprucht – auf eine eigenpsychische Größe einer Person referiert oder nicht eine normative Zurechnungskonstruktion bedeutet. Im Zusammenhang mit dem *dolus eventualis* ist der Ausdruck redundant, im Kontext der Absicht praktisch unerheblich. Schließlich sind die Schwierigkeiten des Beweises außerordentlich groß, wie *Löffler* zu Recht formuliert. Auch ist es schließlich nicht gelungen, ein Vorsatzkonzept jenseits des Streits zwischen Vorstellungs- und Willenstheorie zu konstruieren. Aus all' dem möchte ich schließen: Vorzugswürdig ist die Vorstellungstheorie.

Die Bilanz zum Beweis des Vorsatzes fällt leider ernüchternd aus. Ist man nüchtern aufrichtig, so gibt es gegenüber der traditionellen *dolus-ex-re*-Doktrin kaum einen nennenswerten Erkenntnisfortschritt. Um das zu erkennen, genügt ein Vergleich der in der Literatur vertretenen Konzepte mit dem idealen *Rißmann'schen* Schlusschema. In der Rechtspraxis gibt es, wie jedermann weiß, ein Konglomerat von Beweismaximen.<sup>248</sup> In dieser Situation stellt *Loos* die Frage: „Gibt es praktikable Auswege aus dem Dilemma, das aus der Beweisnot bei den schuldprinzipgeforderten psychischen Merkmalen folgt?“<sup>249</sup> Zwei „Strategien“ („Ausdehnung des Bereichs der Gefährdungsdelikte“<sup>250</sup> und „Vorsatzvermutungen“<sup>251</sup>) werden erörtert und verworfen, weil mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. *Loos* kommt zu diesem Ergebnis: „Es bleibt also dabei: das Dilemma ist nicht auflösbar.“<sup>252</sup>

Ist das also das Ende der Geschichte? Vielleicht noch nicht ganz. Es gibt nämlich einen Punkt, der in den in (IV.) analysierten Beweistheorien unerwähnt geblieben ist, in der Praxis vermutlich aber eine große Rolle spielen wird – wie Staatsanwalt S schon eingangs formulierte. Hierzu werfe man (*erneut*) einen Blick auf zwei wichtige Normen der subjektiven Zurechnung; (§ 20 StGB, von gleicher Syntax, übergehe ich hier).

<sup>248</sup> So zu Recht *C.-F. Stuckenberg* (Fn. 121), S. 393.

<sup>249</sup> *F. Loos* (Fn. 1, S. 279).

<sup>250</sup> *F. Loos* (Fn. 1, S. 275).

<sup>251</sup> *F. Loos* (Fn. 1, S. 277).

<sup>252</sup> *F. Loos* (Fn. 1), S. 278; zwei weitere Ansätze seien hier nur noch erwähnt: *T. Hillenkamp*, Beweisnot und materielles Recht, in: *C. Broda*, e.a., 1985, S. 861-874. *Hillenkamp* teilt iW *Loos'* Skeptizismus und schreibt abschließend: „Wir sollten lernen, durch den in-dubio-pro-reo-Satz erzwungene Freisprüche weder als Ärgernis noch als Niederlage des Rechts zu empfinden, sondern als das, was sie sind: die rechtsstaatliche Konsequenz einer ernst genommenen Unschuldsvermutung“ (ders. S. 874). *L. Philipp*, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen – in: FS Roxin, 2001, hgg. von *B. Schönemann*, e.a., S. 365-378. Es ist ein launig formulierter Aufsatz, in dem der sinnvolle Einsatz eines (ziemlich umfangreichen, zwischen S. 366 und S. 367) computergestützten Entscheidungsprogrammes demonstriert wird.

§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB lautet (verkürzt): Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht *kennt* ... handelt nicht vorsätzlich.

§ 17 Satz 1 StGB lautet (verkürzt): Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die *Einsicht*, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld ...

Die Gründe, die *Welzel* für die Trennung der subjektiven Unrechtsmerkmale in Wissen und Wollen einerseits und das Unrechtsbewusstsein andererseits hatte, kennt niemand besser als *Fritz Loos*. Diese eigentlich doch ziemlich künstliche Trennung ist keineswegs eine ontologische, also naturrechtliche Vorgabe – eine solche ist logisch unmöglich –, sondern nach *Welzels* Ansicht kriminalpolitisch begründet.<sup>253</sup> Auch sonst kann man aus (i) und (ii) für den Vorsatzbegriff und den Vorsatzbeweis noch einiges ableiten. Beide Normen verweisen auf ein kognitives Kriterium („kennt“, „Einsicht“) können also zur Stützung der Vorstellungstheorie herangezogen werden. Es ist schon erstaunlich, dass dieser klare Gesetzeswortlaut von den Proponenten der Willentheorie gar nicht problematisiert wird. Bemerkenswert ist weiterhin die Formulierung der Normen: Beide Normen sind (wie auch § 20 StGB) als – sagen wir – Ausnahmen zu einem vorausgesetzten Prinzip (Regel) formuliert. Nun ist es an dieser Stelle weder möglich noch erforderlich das Präsumtionsproblem in extenso zu diskutieren.<sup>254</sup> Dass aber das Strafgesetz so etwas wie eine (schwache) Vorsatzvermutung enthält, ist kaum zu bestreiten. Ich halte die Präsumtion für begründet. Die (inkriminierten) Handlungsweisen (lügen, betrügen, stehlen, rauben, fälschen, verletzen, töten, vergewaltigen, drohen, usw.) sind praktisch jedermann als moralische und rechtliche Verbote bekannt und die Kausalzusammenhänge, die in den Erfolgsverben (töten, verletzen, usw.) enthalten sind, sind ebenfalls empirisches Allgemeinwissen. Wer eine der genannten verbotenen Handlungsweisen vollzieht, weiß was er tut. Das Gegenteil anzunehmen ist nicht ausgeschlossen, aber sehr viel unwahrscheinlicher.

Wenn das nicht ganz falsch sein sollte, so folgt, dass die (apokryphe?) Irrtumsrechtsprechung das aufgeschlagene Buch des Vorsatznachweises ist. Hier gibt es einige Beweiswürdigungsmaximen, die schon inhaltlich den traditionellen Beweisregeln ähneln, ohne freilich deren „Pauschalität“ und „Starrheit“ aufzuweisen.<sup>255</sup> ME enthält die Irrtumslehre, darin eingeschlossen auch die Rechtsprechungspraxis, den Ansatz zur Lösung des Beweisproblems. Das zu explizieren, bedarf es aber einer weiteren und vermutlich umfangreichen Studie.

---

<sup>253</sup> H. *Welzel* (Fn. 5), S. 160.

<sup>254</sup> C.-F. *Stuckenberg* (Fn. 121), S. 398–401.

<sup>255</sup> C.-F. *Stuckenberg* (Fn. 121), S. 398, 399.

Im Gespräch mit seinen „Schülern“ insbesondere hat *Loos* seine Gedanken zu Schuld, Gewissen, Willensfreiheit, Vorsatz und Irrtum immer wieder vertieft und erweitert. *Fritz Loos* war und ist ein akademischer Lehrer klassischen Formats. Für längere Zeit gehörte ich zu den Teilnehmern dieses Diskurses, für mich ein unschätzbares Bildungserlebnis. Meine kleine Studie aus diesem großen Bereich ist *Fritz Loos* in aufrichtiger Dankbarkeit gewidmet. *Ad multos annos!*



# Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente – insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs\*

*Ralf Krack*

## I. Einleitung

„Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente“ ist nicht nur der Titel dieses Vortrags, sondern auch der Titel desjenigen Aufsatzes, den Sie, lieber Herr Loos, 1985 für die Festschrift für *Oehler* verfasst haben.<sup>1</sup> Wir haben diesen Aufsatz als Beispiel für Ihre Veröffentlichungen ausgewählt, die zum Erkenntnisfortschritt der Strafrechtswissenschaft besonders beigetragen haben.

Mein Vortrag besteht aus zwei Teilen. Im zweiten Teil werde ich mich mit einer speziellen, im Schrifttum weniger behandelten Frage beschäftigen, mit dem Irrtum im Bereich des subjektiven Rechtfertigungselements. Zuvor möchte ich im ersten Teil auf allgemeine Fragen des subjektiven Rechtfertigungsmerkmals eingehen. Das soll auch dazu dienen, diejenigen unter Ihnen wieder an die Thematik heranzuführen, die sich überhaupt nicht mehr mit dem Strafrecht beschäftigen oder nur noch mit solchen Fragen, die die Strafrechtspraxis an Sie heranträgt. Dazu dürfte das subjektive Rechtfertigungsmerkmal typischerweise nicht gehören.

---

\* Der Vortragstext wurde unverändert beibehalten. Dem Vortragstext habe ich lediglich Nachweise und am Ende zwei Bemerkungen hinzugefügt. Letztere sollen dem Leser ein wenig Orientierung hinsichtlich der von mir primär behandelten Irrtumsfrage bringen, die im Schrifttum bislang nur wenig und wesentlich vor dem Hintergrund eines einzigen Falles betrachtet wurde.

<sup>1</sup> Loos, FS-Oehler, 227 ff.

## II. Allgemeines zum subjektiven Rechtfertigungselement

Alle Rechtfertigungsgründe greifen nur dann ein, wenn bestimmte Rechtfertigungsmerkmale erfüllt sind. So erfolgt die Rechtfertigung wegen Notwehr nur dann, wenn eine Notwehrlage gegeben ist – es muss ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen – und wenn sich die Notwehrhandlung als geeignet und erforderlich erweist. Neben solchen objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen kennen wir auch subjektive Rechtfertigungsmerkmale. Subjektiv deshalb, weil es auf die Kenntnis und vielleicht auch auf den Willen des zu Rechtfertigenden ankommt. So kann beispielsweise die volle Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB nur dann eingreifen, wenn der Notwehrübende die objektiv gegebene Notwehrlage auch kennt.

Das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements gilt grundsätzlich für alle Rechtfertigungsgründe.<sup>2</sup> Dennoch werde ich mich nachfolgend weitgehend auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr beschränken. Das soll einerseits der Anschaulichkeit dienen, weil wir alle uns Notwehrfälle relativ leicht vorstellen können. Andererseits habe ich mich so nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob man bei einzelnen Rechtfertigungsgründen Ausnahmen von der hier behandelten Regel machen muss. Ferner möchte ich mich auf die Rechtfertigung der Vorsatztat beschränken. Das subjektive Rechtfertigungsmerkmal bei Fahrlässigkeitstaten erfordert gesonderte Überlegungen. Hinsichtlich dieser Besonderheiten verweise ich auf die Dissertation von *Jungclaussen*, die unter der Betreuung von Herrn *Loos* entstanden ist.<sup>3</sup>

Während die Notwendigkeit eines solchen subjektiven Rechtfertigungsmerkmals früher stark umstritten war, ist man sich heute weitgehend einig, dass es jedenfalls der Kenntnis des Notwehrübenden von der Notwehrlage bedarf.<sup>4</sup> Wer nicht weiß, dass er mit seinem Verhalten einen Angriff abwehrt, kommt nicht in den Genuss der Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB. Diese Annahme beruht auf der Prämisse, dass sich das strafrechtliche Unrecht aus Erfolgs- und Handlungsunrecht zusammensetzt. Das Erfolgsunrecht beruht auf dem Eintritt eines rechtlich missbilligten Zustandes, ergibt sich also aus einer Rechtsgutsverletzung, die gegen die Rechtsordnung verstößt. Das Handlungsunrecht resultiert aus der auf die Begehung einer solchen Rechtsgutsverletzung gerichteten Vorstellung des Täters sowie der Umsetzung dieser Vorstellung in die Realität. Wenn der Notwehrübende nicht weiß, dass eine Notwehrsituation vorliegt, ist das volle Handlungsunrecht gegeben, so dass jedenfalls die vollständige Rechtfertigung seines Verhaltens ausscheidet.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Kühl, AT (6. Aufl. 2008), 6/11; Roxin, AT I (4. Aufl. 2006), 14/94; Stratenwerth/Kuhlen, AT I (5. Aufl. 2004), 9/146.

<sup>3</sup> Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt – zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre, 1987.

<sup>4</sup> Rönna, LK (12. Aufl. 2006), Vor § 32 Rn. 82; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/144 ff.; a.A. Spindel, LK (11. Aufl. 1992), § 32 Rn. 138 ff.

<sup>5</sup> Frisch, FS-Lackner, 113 (122 ff.); Roxin, AT I, 14/96; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/145.

Der Verdeutlichung soll hier der klassische Beispielfall<sup>6</sup> dienen: Eine Frau erwartet ihren Ehemann, der wieder einmal auf Kneipentour ist, mit dem Nudelholz. Als sich die Wohnungstür öffnet und ein Mann eintritt, schlägt sie diesen mit dem Nudelholz nieder. Anders als von ihr vermutet handelt es sich jedoch nicht um den Ehemann, sondern um einen Dieb, dessen Angriff auf ihr Eigentum mit milderer Mitteln nicht hätte abgewehrt werden können. Objektiv liegen alle Notwehrovoraussetzungen vor, die Ehefrau weiß jedoch nicht, dass sie sich in einer Notwehrlage befindet. Hier ist das Handlungsunrecht gegeben, da ihre Vorstellung, die sie durch den Schlag in die Tat umgesetzt hat, auf die Begehung einer rechtswidrigen Tat gerichtet ist. Zu dieser Konstellation besteht mittlerweile weitgehend Einigkeit, dass das Verhalten der unbewusst Notwehr Übenden nicht gerechtfertigt sein kann.

Weiterhin heftig umstritten ist dagegen die Frage, ob für das subjektive Rechtfertigungsmerkmal die bloße Kenntnis des Notwehrübenden ausreicht oder ob es ihm darauf ankommen muss, durch sein Verhalten den die Notwehrlage ausmachenden Angriff abzuwehren.<sup>7</sup> Diese Fragestellung, ob das subjektive Rechtfertigungselement nur Rechtfertigungsvorsatz oder Rechtfertigungsabsicht verlangt, ist ein Hauptgegenstand des eingangs erwähnten Aufsatzes unseres Jubilars. Herr Loos, nicht ohne guten Grund ist es Ihr Aufsatz, der etwa im *Roxinschen* Lehrbuch für die Argumente zugunsten eines bloßen Vorsatzerfordernisses am häufigsten zitiert wird. Sie haben die bestehenden Argumente gegen ein Absichtserfordernis geschärft und mit der Zwickmühlenkonstellation ein weiteres, besonders anschauliches Argument hinzugefügt; dazu gleich mehr.

Weshalb also ist es verfehlt, vom Notwehrübenden neben der Kenntnis der Notwehrsituation auch noch zu verlangen, dass es ihm auf die Angriffsabwehr ankommt? Handlungsunrecht wird dadurch begründet, dass ein Täter seine auf Begehung einer rechtswidrigen Tat gerichtete Vorstellung zu realisieren versucht. Daran fehlt es, wenn seine Tatsachenvorstellung auf ein gerechtfertigtes Verhalten gerichtet ist. Dass es anders nicht sein kann, soll uns zunächst das Rechtsgefühl an einem Beispielfall zeigen: Wer zum Löschen eines Brandes einen fremden Feuerlöscher einsetzt, ist hinsichtlich der Sachbeschädigung am Löscher auch dann über die Notstandsregeln gerechtfertigt, wenn es ihm nicht auf das Löschen ankommt, sondern allein darauf, endlich einmal einen Feuerlöscher zu bedienen.<sup>8</sup> Würde man hier wegen Sachbeschädigung bestrafen, bestünde der Vorwurf gegenüber dem Notstandsübenden, der wissentlich das Richtige gemacht hat, allein darin, dies aus einer falschen Motivation heraus getan zu haben. Hierin sieht unser Jubilar zu Recht im Einklang mit anderen ein unzulässiges Abstellen auf die Gesinnung des

---

<sup>6</sup> Spindel, LK11, § 32 Rn. 140.

<sup>7</sup> Rechtfertigungsvorsatz lassen genügen z.B. Rönnau, LK, Vor § 32 Rn. 88; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/148; Rettungsabsicht verlangen z.B. BGH NStZ 2005, 332 (334); BGH NStZ 2007, 325 f.; Jescheck/Weigend, AT (5. Aufl. 1996), S. 328 f.

<sup>8</sup> Andere Beispielfälle z.B. bei Jakobs, AT (2.Aufl. 1991), 11/20; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/148.

Täters, das sich mit den Grundgedanken eines Tatstrafrechts nicht vereinbaren lässt.<sup>9</sup> Das Motiv allein darf nicht zur Strafbarkeit führen.

Diese Betrachtung hat Herr *Loos* mit der oben schon erwähnten Zwickmühlenkonstellation veranschaulicht und zugleich ein weiteres Argument hinzugefügt. Es geht um folgende Fallkonstellation: „A kommt hinzu, wie seine beiden Feinde B und C sich prügeln. Mittlerweile liegt C wehrlos am Boden, B versetzt ihm aber weiter Fußtritte. A findet es zunächst höchst erfreulich, dass C die „verdiente Abreibung“ bekommt, verfällt dann aber auf den Gedanken, dass er nun eine hervorragende Gelegenheit habe, auch B „eins auszuwischen“. In erforderlicher Verteidigung verletzt er B nicht unerheblich.“<sup>10</sup> An diesem Fall zeigt sich noch einmal, dass der einzige Vorwurf gegenüber dem Notwehrübenden darin besteht, dass er aus der falschen Motivation heraus bewusst richtig gehandelt hat. Vor allem aber hat Herr *Loos* uns an diesem Fall gezeigt, dass ein Absichtserfordernis aus einem weiteren Grund verfehlt ist. Wenn nämlich der Notwehrübende auf die Nothilfe verzichtet, weil es ihm auf die Schnelle nicht möglich ist, sein Rachemotiv durch das vom Gesetz angeblich verlangte Rettungsmotiv zu ersetzen, droht ihm die Strafbarkeit aus § 323c StGB wegen unterlassener Hilfeleistung. A befände sich also unter der Geltung eines Absichtserfordernisses in einer unauflösbaren Zwickmühle: Übt er Nothilfe, wird er mangels Rettungsabsicht wegen Körperverletzung bestraft; unterlässt er die Nothilfe, so droht die Strafbarkeit aus § 323c StGB.<sup>11</sup> Wenn wir in Ergänzung des von Herrn *Loos* gebildeten Falles den A zu einem Garanten für die Gesundheit des C machen – etwa weil er diensthabender Polizist ist – so droht im Unterlassungsfall eine noch schwerere Strafe wegen Körperverletzung durch Unterlassen.

Anhand dieses Falles hat uns Herr *Loos* nicht nur das Zwickmühlenargument präsentiert, sondern auch die praktische Bedeutung des Meinungsstreits aufgezeigt. Es gibt Stimmen im Schrifttum, die behaupten, dass das Absichtserfordernis nie praktische Bedeutung habe, da in einem Motivbündel neben Rachegeleuten oder anderen Motiven der Rettungswille immer mitlaufe.<sup>12</sup> Es gebe also keine Fälle, in denen das Rettungsmotiv fehle. In der Tat ist es so, dass es praktisch kaum Fälle geben wird, in denen der Grundsatz in dubio pro reo die Feststellung zulässt, dass es am Rettungswillen fehlt. Herr *Loos* hat jedoch zutreffend dargelegt, dass es nicht nur in Notstandsfällen, sondern auch bei der Notwehr in Gestalt der Nothilfe Fälle gibt, in denen das Rettungsmotiv fehlt.<sup>13</sup> Der BGH hat ihm Recht gegeben. In den Jahren 2004 und 2007 hat jeweils der 1. Strafsenat die Versagung einer Recht-

---

<sup>9</sup> Loos, FS-Oehler, 227 (232). So auch Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/148, Jakobs, AT, 11/20; Roxin, ZStW 75 (1963), 541 (563).

<sup>10</sup> Loos, FS-Oehler, 227 (230).

<sup>11</sup> Loos, FS-Oehler, 227 (231 f.); im Anschluss an Loos nunmehr auch Roxin, AT I, 14/99; Frister, AT (4. Aufl. 2009), 14/24; Rönnau, LK, Vor § 32 Rn. 88.

<sup>12</sup> Das Fehlen des Rettungsmotivs ist kaum vorstellbar für Geilen, Jura 1981, 308 (310); kaum nachweisbar für Roxin, AT I, 14/99 und Rönnau, LK, Vor § 32 Rn. 88.

<sup>13</sup> Loos, FS-Oehler, 227 (230).

fertigung wegen Notwehr mit dem Fehlen des Verteidigungswillens begründet.<sup>14</sup> In beiden Fällen hielt man die tatrichterliche Würdigung, wonach jeweils ein anderes Motiv das Handeln des objektiv Notwehr Übenden dominiert habe, revisionsrechtlich für unbedenklich. Beides waren sogar Fälle, in denen es nicht um Nothilfe, sondern um Angriffe gegen Rechtsgüter des Notwehrübenden selbst ging.

Bevor ich zum Kernthema meines Vortrags komme, möchte ich auf den zweiten Schwerpunkt des *Loosschen* Beitrags eingehen, die Besonderheiten der „verkümmert-zweiaktigen“ oder auch „unvollkommen zweiaktigen“ Rechtfertigungsgründe.<sup>15</sup> Der Prototyp eines solchen Rechtfertigungsgrundes ist das Recht zur vorläufigen Festnahme gem. § 127 I StPO. Diese Norm erlaubt es jedermann, einen auf frischer Tat betroffenen Straftäter unter bestimmten Voraussetzungen vorläufig festzunehmen. Von einem verkümmert-zweiaktigen Rechtfertigungsgrund spricht man, weil der mit der Norm verfolgte Zweck – die Festnahme durch die Strafverfolgungsorgane – durch das gerechtfertigte Verhalten des vorläufig Festnehmenden noch nicht erreicht wird. Da die vorläufige Festnahme also nicht Selbstzweck ist, sondern der Überführung des Festgenommenen an die Strafverfolgungsorgane dient, wird hier vertreten, dass die Rechtfertigung nur dann erfolgen kann, wenn der Festnehmende in der Absicht handelt, den Festgenommenen an die Strafverfolgungsbehörden zu überstellen. Das wird als eine gewisse Ausnahme auch von solchen Autoren so gesehen, die grundsätzlich nur die Kenntnis der Rechtfertigungslage und keine darüber hinaus gehende Absicht verlangen.<sup>16</sup> Auch Herr *Loos* vertritt diesen Ansatz, hat ihn jedoch noch weiterentwickelt. Wir verdanken ihm die Erkenntnis, dass man diese verschärften Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungsmerkmal konsequenterweise auch auf die Notrechte übertragen muss. Denn auch die Notwehrhandlung kann mehraktig erfolgen. Wenn etwa der erste Schlag gegen den Angreifer den Angriff noch nicht abzuschwächen vermag, wohl aber weitere Verteidigungshandlungen ermöglicht oder erleichtert, darf dieser erste Schlag nur ausgeführt werden, wenn er von der Absicht des Notwehrübenden getragen wird, diese weiteren Handlungen auszuführen.<sup>17</sup> Auch hier ist also keine auf die Abwehr des Angriffs gerichtete Absicht erforderlich, da die Absicht zur Fortsetzung des Notwehrgeschehens ausreicht. Immerhin besteht aber ein über die Kenntnis der Notwehrsituation hinausgehendes Element des subjektiven Rechtfertigungsmerkmals.

---

<sup>14</sup> BGH, NStZ 2005, 332 ff.; NStZ 2007, 325 f.

<sup>15</sup> Grundlegend Lampe, GA 1978, 7 ff. im Anschluss an Lenckner, Schönke/Schröder (27. Aufl. 2006), Vorbem §§ 32 ff. Rn. 16.

<sup>16</sup> Rönna, LK, Vor § 32 Rn. 89; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 9/150; Loos, FS-Oehler, 227 (237 ff.).

<sup>17</sup> Loos, FS-Oehler, 277 (238 f.).

### III. Hauptteil: Irrtum über die Art des Angriffs<sup>18</sup>

Ich komme nun zu der Fragestellung, die den Schwerpunkt meines Vortrags ausmachen soll. Es geht um diejenigen Fälle, in denen der Notwehrübende sich zwar eine Notwehrsituation vorstellt, jedoch über die Art des Angriffs irrt. Dazu ein Beispiel: Ein Dieb ist in eine Wohnung eingedrungen, um Elektrogeräte zu stehlen. Das Opfer wehrt sich gegen diesen Angriff mit dem mildesten Mittel, geht aber irrig davon aus, der Täter habe es auf die wertvollen Teppiche abgesehen. Anders als beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungsmerkmals irrt der Notwehrübende nicht über das Ob einer Notwehrwehrlage, sondern lediglich über die Angriffsrichtung. Hier treffen also mehr oder weniger zufällig zwei Situationen zusammen: Einerseits stellt der Notwehrübende sich eine Notwehrsituation vor, die es jedenfalls in dieser Gestalt nicht gibt. Das erinnert an die Situation des Erlaubnistatbestandsirrtums. Andererseits greifen die objektiven Rechtfertigungsmerkmale ein, ohne dass der Notwehrübende den genauen Angriff kennt. Das weist eine Nähe zur Konstellation des fehlenden subjektiven Rechtfertigungsmerkmals auf. Sie haben vielleicht bemerkt, dass ich bei der Betrachtung dieses Falles den Angriff auf das Hausrecht ausgeblendet habe. Darauf werde ich am Ende meiner Überlegungen noch einmal zu sprechen kommen. Zunächst möchte ich Sie jedoch bitten, in diesem wie auch in den nachfolgenden Beispielfällen nur auf diejenigen Schutzgüter abzustellen, auf die ich ausdrücklich eingehe.

Ich weiß nicht, wie es Ihnen ergangen ist: Ich selbst hatte mit dieser Problematik bis vor kurzem nichts zu tun. Erst im vorletzten Wintersemester hat mir eine Erstsemesterstudentin in der Vorlesung Strafrecht I die Frage gestellt, wie es denn mit dem subjektiven Rechtfertigungsmerkmal stehe, wenn der Notwehrübende sich den falschen Angriff vorstelle. Im Schrifttum hat diese Thematik wohl bis zum Jahr 1988 keine Rolle gespielt. In jenem Jahr wurde in der NJW ein Urteil des Landgerichts München I veröffentlicht, das einen praktischen Anwendungsfall betraf.<sup>19</sup> Obwohl das Urteil eine relativ hohe Aufmerksamkeit erlangt hat – immerhin gab es vier Besprechungsaufsätze oder Anmerkungen<sup>20</sup> sowie eine durch das Urteil angeregte Dissertation<sup>21</sup> – ist diese Aufmerksamkeit schnell wieder zurückgegangen. So stand ich also vor den Erstsemestern und konnte auf die Frage der Teilnehmerin erst einmal nur „Gute Frage“ antworten und eine ausführliche Antwort für die nächste Vorlesungsstunde ankündigen. Da ein kurzer Blick in die gängigen Lehrbücher keinen Erkenntnisfortschritt brachte<sup>22</sup>, musste eine selbst erdachte Antwort her. Mein Rechtsgefühl ging dahin, dass in diesen Fällen die

<sup>18</sup> Die an dieser Stelle der Verständlichkeit dienende Beschränkung auf den Irrtum über die Art des Angriffs ist zu eng, da auch andere Irrtumsgegenstände in Betracht kommen. Siehe dazu unten unter IV.

<sup>19</sup> LG München I, NJW 1988, 1860 ff.

<sup>20</sup> Beulke, Jura 1988, 641 ff.; Schroeder, JZ 1988, 567 ff.; Puppe, JZ 1989, 728 ff.; Mitsch, NStZ 1989, 26 f. (und noch einmal ausführlicher in JA 1989, 79 ff.).

<sup>21</sup> Mayr, *Error in persona vel obiecto und aberratio ictus bei der Notwehr*, 1992.

<sup>22</sup> Eine sorgfältigere Lektüre wichtiger Lehrbücher hätte bei Kühl, AT, 7/133 einen Treffer ergeben.

Rechtfertigung eintreten müsse, da sowohl Erfolgsunrecht als auch Handlungsunrecht kompensiert werden. Ein Kongruenzerfordernis gibt es nicht. Ich möchte Ihnen nachfolgend darlegen, weshalb ich diese Sicht immer noch für die richtige Lösung halte.

Zunächst ist man versucht, die Lösung in einer Unerheblichkeit der Abweichung zwischen Tatgeschehen und Vorstellung des Notwehrübenden zu suchen. So liest man auch in den Reaktionen auf die Entscheidung des LG München I die Begriffe unerhebliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf und *error in objecto*. In der Tat kann es im Ergebnis keine relevante Abweichung sein, wenn der Dieb es beim Griff in das Bücherregal auf die Karl-May-Sammlung abgesehen hat, der Notwehrübende jedoch irrig davon ausgeht, es ginge dem Täter um die daneben stehenden Harry-Potter-Bände. Der Irrtum über das konkrete Diebstahl-objekt steht der Rechtfertigung des Notwehrverhaltens nicht entgegen. Es lassen sich jedoch leicht Fälle bilden, die nicht mit Hilfe einer unerheblichen Abweichung zwischen Vorstellung und Realität gelöst werden können. Wenn in unserem Beispiel der Notwehrübende meint, der Eindringling habe es auf das Leben seiner Ehefrau abgesehen, während tatsächlich nur seine Bücher gestohlen werden sollen, liegt eine deutliche Abweichung vor. Hier irrt der Notwehrübende gleich über zwei wichtige Punkte: Zum einen divergieren die betroffenen Rechtsgüter – Leben und Eigentum – erheblich. Zum anderen betrifft der Irrtum auch den Rechtsgutsträger. Anders als gedacht betätigt sich der Notwehrübende nicht als Nothelfer seiner Ehefrau, sondern wehrt einen Angriff auf ein eigenes Gut ab. Hier kann man eine Strafflosigkeit nicht ohne weiteres mit der Unerheblichkeit der Abweichung begründen. Umgekehrt lässt sich allein auf den ersten Eindruck der Erheblichkeit der Abweichung nicht die Bestrafung des Notwehrübenden stützen. Nachfolgend ist also näher zu betrachten, ob und in welchem Maße es im Bereich des subjektiven Rechtfertigungsmerkmals einer Kongruenz mit dem objektiven Geschehen bedarf.

Vorab möchte ich klarstellen, dass es nur um diejenigen Fälle geht, in denen der Notwehrübende einen Rechtfertigungsvorsatz aufweist. Auch wenn seine Tatsachenvorstellung von der Realität abweicht, muss sie so geartet sein, dass auf ihrer Grundlage die objektiven Notwehrvoraussetzungen vorliegen. Im zuletzt genannten Fall ist das gegeben, weil die Tätersvorstellung solche Tatsachen umfasst, die einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf das Leben seiner Ehefrau ausmachen und sich auch auf solche Tatsachen erstreckt, aus denen sich die Eignung sowie die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung ergeben würde. Anders verhält es sich, wenn man den Fall weiter abwandelt: Glaubt der Notwehrübende irrig, der Eindringling habe sich nicht zum Bücherdiebstahl in seine Wohnung begeben, sondern um von dort aus eine halbe Stunde später einen Menschen auf der Straße zu erschießen, so liegt kein Verteidigungsvorsatz vor. Denn die Vorstellung des Notwehrübenden ist nicht auf einen gegenwärtigen Angriff gerichtet. Falls der Täter sein Verhalten für rechtmäßig hält, kommt ihm dennoch kein Erlaubnistatbestandsirrtum zu Gute, da der Irrtum sich nicht auf Tatsachen beschränkt.

Auf der Suche nach einer Lösung für die verbleibenden Fälle soll zunächst der Ansatz des LG München I betrachtet werden. Kurz zum Fall, den ich stark vereinfache und ins Hochdeutsche übertrage: Der Angeklagte schoss auf flüchtende Diebe. Er ging davon aus, dass sie mit dem Autoradio aus dem Wagen seines Sohnes unterwegs waren. Tatsächlich führten die Diebe jedoch allein eine Kamera aus einem anderen Wagen bei sich, den sie kurz zuvor aufgebrochen hatten. Wir gehen zur Vereinfachung davon aus, dass die objektiven Notwehrmerkmale gegeben sind. Der Notwehrübende irrt in diesem Fall über zwei Punkte, nämlich über den von den Dieben mitgeführten Gegenstand und über den Eigentümer der Beute, also über die Person des an seinem Eigentum Angegriffenen. Die Kammer hat darin – anders als die Verteidigung – keinen unbeachtlichen Motivirrtum gesehen. Hinsichtlich des Verteidigungswillens läge eine relevante Abweichung vor, da der Notwehrübende das Eigentum eines Fremden nicht mit der gleichen Intensität verteidigt hätte wie das vermeintliche Eigentum seines Sohnes. Es liege daher keine unerhebliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vor.<sup>23</sup> Diese Ansicht ist im Schrifttum auf Widerstand gestoßen und soll hier aus zwei Gründen nicht näher betrachtet werden. Zum einen stellt der Lösungsansatz des Landgerichts auf den Verteidigungswillen ab, verlangt also eine Verteidigungsabsicht. Wie oben dargestellt halte ich im Anschluss an Herrn *Loos* das Erfordernis eines über die Kenntnis hinausgehenden emotionalen Elements für fehlerhaft. Das subjektive Rechtfertigungselement verlangt nur Kenntnis, so dass es hier allein um die Kongruenzfrage gehen kann, also um die Übereinstimmung zwischen Vorstellung und Realität. Zum anderen ist nicht ersichtlich, weshalb es auf die Intensität eines Verteidigungswillens ankommen kann und weshalb in diesem Zusammenhang auf hypothetische Kausalverläufe abgestellt werden darf.<sup>24</sup>

Welche Lösungen hat nun das Schrifttum anlässlich der Entscheidung des LG München I entwickelt? Zwar besteht Einigkeit darin, dass die vom Landgericht gegebene Entscheidungsbegründung nicht zu überzeugen vermag. Dennoch ist umstritten, ob das Verhalten des Notwehrübenden in einer solchen Konstellation gem. § 32 StGB gerechtfertigt werden kann. Gegen die Rechtfertigung bei derartigen Abweichungen, wie sie der Gerichtsentscheidung zu Grunde lagen, werden verschiedene Argumente vorgebracht. Ich möchte nachfolgend die wichtigsten drei Argumente darstellen und entkräften.

Zum ersten Argument: Nur wenn der Notwehrübende wisse, gegen welchen Angriff er sich zur Wehr setze, könne er die objektiven Grenzen des Notwehrrechts einhalten. Ansonsten sei er nicht in der Lage zu beurteilen, ob der Angriff gegenwärtig und die Notwehrhandlung erforderlich und geboten ist.<sup>25</sup> Auf diese Begründung lässt sich das Versagen der Rechtfertigung gem. § 32 StGB nicht stützen. Die Frage, um die es in der hier betrachteten Konstellation geht, lautet

---

<sup>23</sup> LG München I, NJW 1988, 1860 (1861).

<sup>24</sup> Kritisch auch Mayr, S. 94, Beulke, Jura 1988, 641 (643).

<sup>25</sup> Mitsch, NStZ 1989, 26; ders., JA 1989, 79 (86).



allein, ob die Vorstellung irgendeiner Notwehrlage ausreicht oder ob ein darüber hinaus gehendes Kongruenzerfordernis besteht. Es geht also um den Gegenstand der Tatsachenvorstellung des Notwehrübenden. Es kann allein darauf ankommen, dass der Notwehrübende die nötige Vorstellung von einer Notwehrsituation hat. Lässt man es nicht ausreichen, dass die Vorstellung zufällig zutrifft, verlangt man für die Rechtfertigung gem. § 32 StGB neben der Kenntnis auch noch eine sorgfältige Prüfung der objektiven Situation. Hier findet sich also in neuer Aufmachung ein alter Hut, das Erfordernis einer Prüfungspflicht bei Rechtfertigungsgründen. Die Rechtsprechung sowie Teile des Schrifttums machen die Rechtfertigung bei bestimmten Erlaubnissätzen von der Prüfungspflicht abhängig. Das gilt insbesondere für die mutmaßliche Einwilligung, aber auch für den Notstand.<sup>26</sup> Auf die daran geübte Kritik möchte ich hier nicht eingehen, da eine solche Prüfungspflicht für die Notwehr praktisch nicht vertreten wird.<sup>27</sup> Außerdem ist es verfehlt, aus dem Irrtum des Notwehrübenden den Ausschluss der Rechtfertigung abzuleiten, weil nicht jeder Irrtum die Folge eines pflichtwidrigen Verhaltens darstellt. So wird in dem vom Landgericht München I entschiedenen Fall die Rechtfertigung allein deshalb abgelehnt, weil der Notwehrübende über den gestohlenen Gegenstand und damit einhergehend auch über den betroffenen Rechtsgutsträger irrt. Ob ihm diese Fehlvorstellung vorgeworfen werden kann – in diesem Fall spricht einiges dagegen –, wird nicht untersucht.<sup>28</sup>

Ich komme zum zweiten Argument. Die Schärfe des Notwehrrechts sei nur dadurch gerechtfertigt, dass der Angreifer jederzeit die Möglichkeit habe, seinen Angriff abubrechen und dadurch die Einstellung der Notwehrhandlungen zu erreichen. Diese Beeinflussung des Notwehrübenden sei aber nur gegeben, wenn dieser wisse, um welchen Angriff es gehe.<sup>29</sup> Das leuchtet jedoch nicht ein. Denn dem Angreifer bleibt grundsätzlich die Möglichkeit, durch schlichtes Stehenbleiben und darüber hinaus gehende Gesten oder Aussagen zum Ausdruck zu bringen, dass er den Angriff nicht fortsetzen will. Um das Ende des Angriffs zu erkennen, muss der Notwehrübende nicht wissen, gegen welches Rechtsgut sich der nunmehr abgebrochene Angriff richtet. In anderen Fällen mag es z.B. wegen Dunkelheit so sein, dass der Notwehrübende nicht zu erkennen vermag, wenn der Angriff beendet wird. Dann beruht die fehlende Kenntnis vom Abbruch des Angriffs jedoch nicht auf dem Irrtum über den Gegenstand des Angriffs, sondern eben auf der Dunkelheit.

Als drittes Argument wird das Kongruenzerfordernis aus dem Rechtsbewahrungsgedanken abgeleitet, den viele für einen Grundpfeiler des Notwehrrechts halten. Der Notwehrübende erscheine nur dann als Wahrer des Rechts gegenüber

---

<sup>26</sup> BGHSt 18, 311 f.; BGH NStZ 1992, 487 f.; Rönnau, LK, Vor § 32 Rn. 229; Lenckner, Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 58; Kühl, AT, 9/47; Jescheck/Weigend, AT, S. 388; Yoshida, FS-Roxin, 401 (412 ff.).

<sup>27</sup> Anders aber *Schlehofer* in MünchKomm-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 85.

<sup>28</sup> Mitsch, NStZ 1989, 26 f.; ders., JA 1989, 79 (85 f.).

<sup>29</sup> Mitsch, NStZ 1989, 26 (27); ders., JA 1989, 79 (86).

dem Unrecht, wenn er im Verhältnis zum Angreifer eine rechtsethische Überlegenheit aufweise.<sup>30</sup> Daran fehle es in dem vom Landgericht München I entschiedenen Fall, da sich die Angriffsabwehr nicht als das Werk des Notwehrübenden erweise, sondern auf bloßem Zufall beruhe. Es bestünde lediglich ein zufälliges Nebeneinander des Wahrnehmungsfehlers des Notwehrübenden und der Abwendung des ihm unbekanntem Angriffs. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob man überhaupt von einem zufälligen Nebeneinander von objektivem Geschehen und Vorstellung sprechen kann. Hält man sich den landgerichtlich entschiedenen Fall vor Augen, scheint dies nicht so zu sein: Objektiv flüchten die Diebe mit der Diebstahlsbeute aus dem einen Wagen, während der Notwehrübende davon ausgeht, es handele sich um die Beute aus einem anderen Wagen derselben Aufbruchserie. Wegen der ähnlichen Angriffsrichtung von vorgestelltem und tatsächlichem Angriff mag man daher nicht von Zufall sprechen. Dass man dennoch in der hier untersuchten Konstellation von Zufall reden kann, wird anhand des nachfolgenden Beispielsfalls deutlich, bei dem Vorstellung und Realität insbesondere von der Angriffsrichtung her deutlich weiter auseinander liegen: Der Notwehrübende geht aufgrund eines groben Wahrnehmungsfehlers irrig davon aus, ein Spaziergänger wolle gerade jemanden umbringen. Dennoch liegt auch objektiv eine Notwehrlage vor, da der vermeintliche Mörder mittels einer mitgeführten technischen Einrichtung Gespräche aus Wohnungen abhört. Abgesehen von der Identität zwischen vermeintlichem und tatsächlichem Angreifer und einer räumlich-zeitlichen Koinzidenz haben Vorstellung und Realität nichts miteinander zu tun. In der Tat kann man hier von Zufall sprechen.

Dennoch erscheint mir die Argumentation über das Fehlen der rechtsethischen Überlegenheit des Notwehrübenden verfehlt. Ohne etwas über die Berechtigung des Rechtsbewahrungsgedankens sowie des Ansatzes der rechtsethischen Überlegenheit sagen zu wollen<sup>31</sup>: Wenn man eine rechtsethische Überlegenheit des Notwehrübenden gegenüber dem Angreifenden verlangt, ist diese hier durchaus gegeben. Auf der einen Seite steht der Angreifer, über dessen Verhalten wir wegen der Gefährdung eines anerkannten Rechtsguts ein klares Unrechtsurteil fällen können. Auf der anderen Seite steht der Notwehrübende, dessen Verhalten die objektiven Voraussetzungen der Notwehrrechtfertigung erfüllt und dessen Vorstellung darauf gerichtet ist, Notwehr zu üben. Er steht also auf dem Boden der Rechtsordnung, so dass man im Vergleich zum sich rechtswidrig verhaltenden Angreifer durchaus von einer rechtsethischen Überlegenheit sprechen kann – was immer das genau sein mag. Der Notwehrübende verteidigt objektiv die Rechtsordnung und geht auch in seiner Vorstellung davon aus, dies zu tun. Die gegen eine (vollständige) Rechtfertigung vorgebrachten Argumente haben sich also nicht als stichhaltig erwiesen.

<sup>30</sup> Mayr, S. 98 ff. im Anschluss an Gallas, FS-Bockelmann, 155 (177).

<sup>31</sup> Zu recht kritisch hinsichtlich der Notwendigkeit einer rechtsethischen Überlegenheit Frisch, FS-Lackner, 113 (120 f.).

Wie schon angedeutet gehe ich davon aus, dass es in der von mir betrachteten Konstellation immer zu einer Rechtfertigung kommt. Es reicht aus, wenn die Handlung des Notwehrübenden von einer Tatsachenvorstellung getragen ist, die alle objektiven Merkmale des Notwehrtatbestands ausfüllt. Eine darüber hinaus gehende Kongruenz ist nicht erforderlich.

Das Fehlen des Erfolgsunrechts ergibt sich ohne Weiteres aus dem, was wir von den Fällen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements kennen: Da alle objektiven Notwehrvoraussetzungen erfüllt sind, wird das Erfolgsunrecht vollständig kompensiert. Aber auch das Fehlen des Handlungsunrechts liegt auf der Hand. Denn die Vorstellung des Notwehrübenden, die er durch die Notwehrhandlung in die Tat umsetzt, ist nicht auf eine Rechtsgutsverletzung gerichtet, die der Rechtsordnung zuwider läuft. Diese Lösung – getrennte Kompensation von Erfolgs- und Handlungsunrecht – wird auch von *Rönnau* und *Hohn* vertreten.<sup>32</sup> Sie nehmen aber wohl keine vollständige Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB an, da sie die Kompensation des Handlungsunrechts auf einen stets unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum stützen.<sup>33</sup> Ich meine hingegen, dass das Handlungsunrecht ebenso wie das Erfolgsunrecht nicht erst aufgrund von Irrtumsregeln, sondern bereits aufgrund der Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB entfällt.

Dieses Ergebnis möchte ich auf zwei Überlegungen stützen. Erstens bedeutet die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums grundsätzlich, dass ein Schuldvorwurf noch in Betracht kommt, sei es gem. § 16 I 2 oder gem. § 17 StGB. Das ist hier jedoch nicht denkbar, da der Notwehrübende objektiv in allen Fällen das Richtige tut. Wie soll es sich dann aber um einen Erlaubnistatbestandsirrtum handeln? Zweitens bedeutet die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums, dass die Anhänger der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie zur Strafbarkeit desjenigen Teilnehmers gelangen, der nicht dem Irrtum des Haupttäters unterliegt. Das macht bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum auch Sinn, da ein solcher Teilnehmer sehenden Auges an einem von der Rechtsordnung nicht gebilligten Erfolgseintritt mitwirkt. In der hier vorliegenden Konstellation ist jedoch nicht ersichtlich, worin der Ansatzpunkt für die Bestrafung desjenigen Teilnehmers liegen sollte, der sich anders als der Haupttäter keine Notwehrsituation vorstellt. Man darf hier nicht so tun, als ob ein Handlungsunrecht vorläge, das dem Notwehrübenden erst über die Regeln des Erlaubnistatbestandsirrtums nicht mehr anzulasten ist. Das Entfallen der Bestrafung des Notwehrübenden beruht allein auf der Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB.

Letztlich ist die Annahme, dass hier kein relevanter Irrtum vorliegt, keine neue Einsicht. Sie stimmt mit der im Schrifttum vertretenen Erkenntnis überein, dass es bei der Rechtfertigung des Versuchs – nur noch um den geht es bei der Kompensation des Handlungsunrechts – bei der Subsumtion unter die Rechtfertigungs-

---

<sup>32</sup> Rönnau/Hohn, I.K., § 32 Rn. 275.

<sup>33</sup> Rönnau/Hohn äußern sich widersprüchlich, da sie einerseits einen Erlaubnistatbestandsirrtum annehmen wollen, andererseits von der „vollständige[n] Rechtfertigungswirkung aus § 32“ sprechen (I.K., § 32 Rn. 275).

voraussetzungen allein auf die Tatsachenvorstellung des Täters ankommt.<sup>34</sup> Wenn nur die Tätervorstellung an den Merkmalen des Rechtfertigungsgrundes gemessen wird, kann es keine relevante Abweichung zwischen Realität und Vorstellung geben, so dass ein Erlaubnistatbestandsirrtum ausscheidet.

Zusammenfassend betrachtet komme ich also zu dem Ergebnis, dass Irrtümer im Bereich des subjektiven Rechtfertigungsmerkmals unschädlich sind, solange sich der Notwehrübende irgendeine Situation vorstellt, in der sein Verhalten durch Notwehr gerechtfertigt wäre. Die volle Rechtfertigungswirkung des § 32 StGB greift trotz des zufälligen Zusammentreffens von objektiver Rechtfertigungslage und davon abweichender subjektiver Rechtfertigungsvorstellung ein.

Lassen Sie mich gegen Ende des Vortrags noch kurz drei Dinge zum Thema Zufall sagen. Erstens kann es mit dem Zufall noch weiter gehen als in den bisherigen Beispielfällen. So muss § 32 StGB nach meiner Ansicht auch dann eingreifen, wenn zu den schon dargestellten Irrtümern über das Angriffsobjekt sowie die Person des Rechtsgutsträgers auch noch eine *aberratio ictus* hinzukommt. Wir können also den vorhin gebildeten Fall noch etwas abstruser gestalten: Der Notwehrübende glaubt aufgrund eines groben Wahrnehmungsfehlers, ein Spaziergänger wolle gerade jemand anderen erschießen. Sein der Nothilfe dienender Schuss geht jedoch fehl und trifft jemand anderen, der gerade dabei ist, Gespräche aus Wohnungen abzuhören. In diesem Fall entfällt wiederum das Erfolgsunrecht, wenn die objektiven Merkmale des Notwehrtatbestandes erfüllt sind. Und am Handlungsunrecht fehlt es erneut, da die Tatsachenvorstellung des Notwehrübenden nicht auf eine rechtswidrige Tat gerichtet ist. Es bedarf also nicht einmal der Personenidentität zwischen dem Angreifer und demjenigen, den der Notwehrübende für einen Angreifer hält.<sup>35</sup>

Zweitens müssen Sie deshalb nicht verzagen, weil der Zufall im Bereich der Notwehrrechtfertigung eine größere Rolle spielen kann, als es uns üblicherweise bewusst ist. Ich habe Sie vorhin gebeten, bei der Betrachtung der in einer Wohnung spielenden Beispielfälle den Angriff auf das Hausrecht außer Betracht zu lassen. Weshalb? Auf die genannten Irrtümer – Karl-May statt Harry Potter oder eigene Bücher statt des Lebens der Ehefrau kommt es nicht an, weil hinsichtlich des gleichzeitig vorliegenden Angriffs auf das Hausrecht kein Irrtum des Notwehrübenden vorliegt. Also hängt es von dem Zufall, dass der Fall sich in einem Haus zuträgt, ab, ob überhaupt die hier betrachtete Fallgruppe eines Irrtums vorliegt oder ob ein unproblematischer Notwehrfall gegeben ist.<sup>36</sup> Mit anderen Worten: Die Entscheidung des LG München I und die daran anschließende Diskussion hätte es vielleicht nicht gegeben, wenn die Diebe statt über die öffentliche Straße über Privatgrundstücke geflohen wären.

---

<sup>34</sup> Streng, FS-Otto, 469 (481 ff.).

<sup>35</sup> Dies verkennt Mayr, S. 86.

<sup>36</sup> Angedeutet sei hier der Vorbehalt, dass man bei Notwehr gegen Angriffe auf den Hausfrieden trefflich darüber streiten kann, ob eine Notwehrhandlung, die die Beweglichkeit des Angreifers einschränkt, seinen Verbleib jedoch verlängert, ein geeignetes Mittel darstellt.

Drittens ist es mir ein Anliegen, deutlich zu machen, dass es alles andere als ein Zufall ist, dass ich hier heute vortrage. Es liegt vielmehr daran, dass ich in den vierzehn Jahren an Ihrem Lehrstuhl, lieber Herr Loos, sehr, sehr viel von Ihnen gelernt habe. Dazu wäre jetzt viel zu sagen. Ich sage aber nur, ganz sicher im Namen aller Ihrer Schüler: Vielen Dank für alles!

#### IV. Zwei ergänzende Bemerkungen

Zum Abschluss möchte ich noch auf zwei Punkte hinweisen, die demjenigen ein wenig Orientierung bieten mögen, der sich mit der im Schrifttum nur wenig behandelten Frage des Irrtums über die Art des Angriffs beschäftigen möchte:

1. Die Gegenstände des Irrtums sind vielfältig. So kann der Irrtum z.B. die Person des Angreifers, das Objekt des Angriffs, die Person des Rechtsgutsinhabers oder die Motivation des Notwehribenden betreffen. Wie gesehen kann der Irrtum auch den Kausalverlauf betreffen (*aberratio ictus*). Bisherige Aufzählungsversuche haben sich als zu eng erwiesen. So übersehen beispielsweise *Rönnau/Hohn*<sup>37</sup> den Irrtum über das betroffene Rechtsgut und *Mayr*<sup>38</sup> den Motivirrtum, soweit das Motiv nicht mit der Person des Angreifers oder Angegriffenen verknüpft ist.<sup>39</sup> Genau genommen geht es also nicht nur (so aber meine bisherige, der Verständlichkeit dienende Formulierung) um die Art des Angriffs, sondern um alle Tatsachenirrtümer, die sich dadurch auszeichnen, dass die Vorstellung des Täters auf eine Tatsachenlage gerichtet ist, die die objektiven Voraussetzungen eines Erlaubnissatz ausfüllt.

2. Die primär auf die Lösung des Falles des LG München I ausgerichteten Beiträge erwecken den Eindruck, allgemeingültige Lösungsansätze zu liefern. Das ist jedoch nicht so. Diejenigen, die die Abweichung im Objekt (Fotoapparat aus dem einen Wagen statt Radio aus dem anderen) für irrelevant erklären<sup>40</sup>, sagen nichts zu denjenigen Fällen, in denen der vorgestellte Angriff ein anderes Rechtsgut betrifft als der tatsächlich stattfindende Angriff. Umgekehrt müsste *Mitsch*, der eine Rechtfertigung wegen dieses Maßes an Abweichung ablehnt, ein Kriterium finden, mit Hilfe dessen er irrelevante Irrtümer abschichten kann. Ansonsten müsste er auch im oben genannten Fall des Irrtums allein über das gestohlene Buch (Harry Potter statt Karl May) zur Versagung der Rechtfertigung gelangen. Das Gleiche gilt für *Rönnau* und *Hohn*, die zwar nicht bestrafen, aber nur über einen Erlaubnistatbestandsirrtum Strafflosigkeit gewähren möchten. Ansonsten bliebe auch bei kleinsten Abweichungen zur Strafflosigkeit nur der Weg über den Erlaubnistatbestandsirrtum.

---

<sup>37</sup> Rönnau/Hohn, LK, § 32 Rn. 271 ff.

<sup>38</sup> Mayr, S. 84.

<sup>39</sup> Ein praxisfernes Beispiel: Der Nothilfe Übende schießt, um jemanden in der Nachbarschaft zu erschrecken, der sich jedoch anders als erwartet im Urlaub befindet.

<sup>40</sup> Beulke, Jura 1988, 641 (643); Schroeder, JZ 1988, 567.



# **Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme**

*Manfred Mainwald*

## **I. Einleitung**

Wie halten es die Strafrechtsordnungen in den verschiedenen Ländern Europas mit der Strafbarkeit des Versuchs einer Straftat? Unterscheiden sie zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen? Wenn dies der Fall ist: Wird auch der untaugliche Versuch bestraft? Und: Wie unterscheiden sie überhaupt den tauglichen vom untauglichen Versuch? Welche Begründungslinien finden wir in den verschiedenen Ländern für deren jeweilige Versuchsregelung?

Um diese Fragen soll es in den folgenden Ausführungen gehen. Herausgegriffen werden für die Untersuchung die Länder Frankreich, England, Italien und Spanien. Zum Ausgangspunkt genommen wird naheliegenderweise die Versuchsstrafbarkeit in Deutschland.

Das Ziel dieser Bestandsaufnahme ist zunächst einmal die Informationsbeschaffung. Nützlich können derartige Informationen sein, wenn es darum geht, den eigenen – deutschen – Standpunkt über die Versuchsstrafbarkeit zu überdenken und vielleicht in der eigenen Rechtsordnung zu „besseren“ Lösungen zu gelangen, als sie das geltende Recht bietet. In der Zeit beginnender europäischer Integration ist aber die Aufmerksamkeit auch des Strafrechtlers stets auch darauf gerichtet, ob und in welcher Weise in Europa „gemeinsame“ Strafrechtsnormen möglich sein könnten. Bei dieser Bestandsaufnahme kann im übrigen angeknüpft

werden an den „Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht“ von *Jung*, der vor einiger Zeit bereits zahlreiche Aspekte der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Rechtsvergleich anschaulich vor Augen geführt hat.<sup>1</sup>

## II. Bestrafung von tauglichen und untauglichen Versuchen im geltenden deutschen Recht

Das geltende deutsche Strafgesetzbuch stellt bekanntlich bei der Definition des Versuchs in § 22 die Voraussetzung auf, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt habe. Nach dem Willen des Gesetzgebers bedeutet dabei die Formulierung „der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat“ eine Bezugnahme auf eine subjektive Sicht – eben die des Täters. Hinsichtlich der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ging dabei der Wille des Gesetzgebers dahin, dass jedenfalls im Grundsatz diese Subjektivierung zur Strafbarkeit nicht nur des tauglichen, sondern auch des untauglichen Versuchs führen soll. Ganz außerhalb der Strafbarkeit bleiben soll der sog. abergläubische Versuch, während nach der Regelung des § 23 Abs. 3 StGB der grob unverständige Versuch, der „nach der Art des Gegenstands, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte“, also eine Sonderform des untauglichen Versuchs, im Wege des Absehens von Strafe straflos bleiben oder auch mit einer gemilderten Strafe belegt werden kann.

Entsprechend bemerkt etwa *Gössel*<sup>2</sup>: „Wenn nach § 22 eine Straftat versucht, wer *nach seiner Vorstellung von der Tat* zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt, so ist damit auch der untaugliche Versuch von der Strafbarkeit umfasst.“ Im gleichen Sinne erklärt *Roxin*<sup>3</sup>: Es „ergibt sich aus dem Abstellen auf die Tätervorstellung auch die Strafbarkeit aller Formen des untauglichen Versuchs.“ Und schließlich weist auch *Kühbl*<sup>4</sup> auf den dargestellten Zusammenhang hin: „§ 23 Abs. 3 bestätigt – neben § 22, der auf die ‚Vorstellungen‘ des Täters von der Tat abstellt – die grundsätzliche Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, indem er den grob unverständigen Versuch aus den untauglichen Versuchen hervorhebt und für ihn eine zusätzliche Milderbestrafung bis hin zum Absehen von Strafe vorsieht.“

Die Begründung des Entwurfs 1962, auf den der heutige Gesetzestext zurückgeht, sagt denn auch in der Tat, dass der Entwurf durch seine Fassung erkennen lasse, „dass der untaugliche Versuch strafbar ist: Auch Handlungen, die nur nach den Vorstellungen des Täters einen Anfang der Ausführung bilden, führen grundsätzlich zur Bestrafung wegen Versuchs.“<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Jung*, ZStW 117, 2005, S. 937 ff.

<sup>2</sup> *Maurach/Gössel*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tlbd. 2, 7. Aufl. 1989, § 40 Rn. 139.

<sup>3</sup> *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil Bd. II, 2003, § 29 Rn. 6.

<sup>4</sup> *Kühbl*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, § 15 Rn. 4.

<sup>5</sup> Entwurf 1962, S. 143. Zu der Problematik, die mit dem Begriff „Vorstellung“ in dieser Regelung verbunden ist, vgl. *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, S. 689 ff.



Die Festlegung, dass die Vorstellung des Täters in der Konstellation des Versuchs maßgeblich sei, hat bekanntlich für die Versuchsstrafbarkeit außer ihrer Relevanz für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs noch die weitere Funktion, die Bestimmung des Anfangs der Ausführung nach subjektiven Maßstäben zu statuieren. Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs pflegt das in die Formel umzusetzen, das Versuchsstadium sei erreicht, „wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung übergeht“<sup>6</sup>. Diese zweite Funktion, die sich teilweise mit der erstgenannten – der Einbeziehung des untauglichen Versuchs in die Strafbarkeit – überschneidet, soll im folgenden außer Betracht bleiben. Es soll hier nur um die Figuren des tauglichen und des untauglichen Versuchs gehen.

### III. Der Streit zwischen dem Reichsgericht und der Wissenschaft: Subjektivismus gegen Objektivismus

Die heutige Regelung des § 22 StGB stellt, wie wiederholt dargestellt wurde<sup>7</sup>, der Sache nach die Festschreibung der vom Reichsgericht begründeten Rechtsprechung dar, deren Inhalt meist als subjektive Versuchstheorie bezeichnet wird. Dass nach dem zweiten Weltkrieg im Zuge der Strafrechtsreform diese Rechtsprechung zum Gesetz erheben wurde, ist gleichwohl nicht selbstverständlich. Denn die Wissenschaft hat sich stets größtenteils in Opposition zum Reichsgericht befunden. So warf *Mezger* in der ersten und zweiten Auflage seines Lehrbuchs dem Reichsgericht vor, seine Rechtsprechung beruhe auf einem Trugschluss<sup>8</sup>, *Eb. Schmidt* verurteilte das Festhalten des Reichsgerichts „an dieser unrichtigen Lehre“<sup>9</sup>, und *Robert v. Hippel* bescheinigt der Argumentation des Reichsgerichts „eine mit Händen zu greifende Unrichtigkeit“<sup>10</sup>. Was den untauglichen Versuch betraf, so war die Wissenschaft ganz überwiegend der Ansicht, dass dieser jedenfalls nicht durchweg als strafbar zu werten sei.

### IV. Objektivismus als Konsequenz der Unrechtslehre: *Mezger*

Für *Mezger* lag der Fehler des Reichsgerichts darin, dass dieses nicht zwischen dem Begriff des Versuchs und der Bewertung der Versuchshandlung unterscheidet. In der Tat – erklärt *Mezger* – lasse sich die Frage, ob ein Vorgang als Versuch an-

<sup>6</sup> Z. B. BGH 26, 201; 35, 6; 37, 294; 40, 257.

<sup>7</sup> Vgl. zuletzt *Hirsch*, JZ 07, 495 ff.; *Malitz*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1998, S. 145 f.

<sup>8</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 390. Auf den späteren Meinungswandel von *Mezger* geht insbesondere *Hirsch*, JZ 07, 496 Fn. 20 ein.

<sup>9</sup> v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 299 Fn. 4.

<sup>10</sup> *Robert v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 422.

zusehen sei, nur subjektiv vom Standpunkt des Handelnden aus klären: „Wer seine eigene Sache wegnimmt oder zerstört, versucht die Verwirklichung eines Diebstahlsentschlusses; ist ihm die Wegnahme der Sache, auf die er es körperlich abgesehen hat, gelungen, so mag vielleicht etwas, das sich der Beschauer denkt, vollendet sein, das, wozu sich der Täter entschlossen hat, die Wegnahme der Sache als einer fremden, ist nicht vollendet. Ebenso ist der Schuss auf eine Leiche, die der Täter für einen lebenden Menschen hält, Tötungsversuch, die Wiederverheiratung des Witwers, der glaubt, seine Frau lebe noch, Bigamieversuch.“ Und: Vom objektiven Standpunkt aus gebe es zwar Handlungen, die ein Rechtsgut „gefährden“, aber nicht solche, die es zu verletzen „versuchen“. Es folgt dann der soeben angesprochene Satz: „Der Versuch ist mit anderen Worten ein Begriff, der nur vom subjektiven Standpunkt des Handelnden aus bestimmt werden kann.“<sup>11</sup>

Hinsichtlich der Bewertung des Geschehens liege die Sache aber anders. Und mit den dann folgenden Überlegungen spricht er einen Begründungszusammenhang an, der bis in die heutige Zeit herangezogen wird, und zwar auch – wie zu zeigen sein wird – im Strafrecht anderer Länder: Eine Bewertung der Versuchshandlung nur vom Standpunkt des handelnden Subjekts aus sei eine unzulässige Preisgabe des Gedankens der objektiven Rechtswidrigkeit und müsse daher abgelehnt werden. Der Strafausdehnungsgrund des § 43 StGB (jetzt §§ 22, 23 StGB) bedeute seinem legislatorischen Grunde nach eine Erweiterung der Bestrafung von der vollen Tatbestandserfüllung auf die bloße Gefahr einer solchen Erfüllung, von der Verletzung des Rechtsguts auf dessen Gefährdung. Deshalb sei für die Abgrenzung des strafbaren Versuchs vom straflosen Versuch grundsätzlich von den sogenannten Gefährdungstheorien, also objektiven Voraussetzungen, auszugehen.

Für *Mezger* ist also die Bedeutung des Rechtswidrigkeitsurteils der entscheidende Gesichtspunkt, der ihn dazu veranlasst, die subjektive Versuchstheorie zu verwerfen: Der Gedanke der objektiven Rechtswidrigkeit dürfe nicht preisgegeben werden.

Damit nimmt *Mezger* Bezug auf die vor allem in seiner Abhandlung „Die subjektiven Unrechtselemente“<sup>12</sup> entwickelte Unrechtslehre. Die Normen des Rechts seien objektive Bewertungsnormen, nämlich Urteile über bestimmte Geschehnisse und Zustände vom Standpunkt des Rechts aus.<sup>13</sup> Für die Strafbarkeit des Versuchs, der, wie erwähnt, als Ausdehnung der Strafbarkeit auf Rechtsgutsgefährdungen gesehen wird, folgert *Mezger*, dass das objektive Urteil über die Rechtswidrigkeit nur gefällt werden könne, wenn die Gefährdung auch objektiv eingetreten sei, nicht schon dann, wenn der Täter sich nur vorstelle, eine Gefährdung sei eingetreten.<sup>14</sup>

Es schließt sich *Mezger* so der großen Zahl von Autoren an, die es in jener Zeit unternahmen, bei der Frage der Strafbarkeit des Versuchs gegen die subjektive

<sup>11</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 395 f.

<sup>12</sup> GS 89,1924, S. 207 ff.

<sup>13</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 164.

<sup>14</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 396. Vgl. aber die Kritik an dieser Ableitung bei *Gallas*, ZStW 67, 1955, S. 34 f., 37 ff.

Versuchstheorie des Reichsgerichts zu opponieren, objektive Kriterien maßgebend sein zu lassen und mindestens einen Teil derjenigen Fallgestaltungen, die heute als „untauglicher Versuch“ bezeichnet werden, straflos zu lassen.

## 1. Absolut und relativ untauglicher Versuch

Die Opposition zum Reichsgericht war in ihren Standpunkten vielgestaltig. In Erinnerung gerufen sei etwa die Unterscheidung zwischen absolut untauglichen Versuchen und nur relativ untauglichen Versuchen, auf die mit einigen anderen Autoren der Kommentar von *Olshausen* abstellte.<sup>15</sup>

Ein Versuch am absolut untauglichen Objekt sei beispielsweise gegeben, wenn ein Tötungsversuch unternommen werde und die zu tötende Person bereits tot sei; wenn der Täter eines entsprechenden Sittlichkeitsdelikts annehme, er vergehe sich an einem Kind unter 14 Jahren, während die Altersgrenze in Wahrheit schon überschritten sei; wenn der Wegnehmende glaube, er nehme eine fremde bewegliche Sache weg, während er objektiv eine ihm gehörende Sache wegnehme. Ein absolut untaugliches Mittel werde bei einem Versuch beispielsweise verwendet, wenn der Täter, der ein Tötungsdelikt beabsichtige, mit einem ungeladenen Gewehr schieße.

Nach *Olshausen* sind die absolut untauglichen Versuche nicht strafbar. Denn sie könnten niemals zur „Ausführung“ des beabsichtigten Delikts führen. Folglich könnten sie auch nicht einen „Anfang der Ausführung“ des betreffenden Delikts enthalten, wie es im damaligen Text des § 43 StGB vorausgesetzt war. Wir werden sehen, dass diese Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Versuchen heute im spanischen Recht wieder eine Rolle spielt.

## 2. Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

Einer großen Anhängerschaft erfreute sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bekanntlich die Lehre vom Mangel am Tatbestand, die ebenfalls dem Bemühen entsprang, innerhalb der Gruppe der untauglichen Versuche zu unterscheiden zwischen solchen Konstellationen, die als strafbar anzusehen sind, und solchen, die straflos zu bleiben haben. Zu betonen ist freilich, dass dabei in *terminologischer* Hinsicht von diesen Autoren erklärt wurde, die Fallgestaltungen des Mangels am Tatbestand seien keineswegs untaugliche Versuche, sondern es handle sich um Konstellationen, die durchaus von untauglichen Versuchen zu unterscheiden seien. Darauf wird zurückzukommen sein.

Auch *Mezger*, der, wie gezeigt, die auf die objektive Bewertung bezogene Definition des Begriffs der Rechtswidrigkeit zum Sachgrund der Bestrafung nur des tauglichen Versuchs erhob, schloss sich im Ergebnis der Lehre vom Mangel am Tatbestand an: „Die gewaltige Gedankenarbeit, die in neuerer Zeit auf den ‚Mangel

---

<sup>15</sup> *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I, 10. Aufl. 1916, § 43 Nr. 19 ff. Die folgenden Beispiele ebendort.

am Tatbestand' verwendet worden ist, ist damit nicht vergeblich gewesen. Denn nur *tatbestandsmäßiges* Unrecht und *tatbestandsmäßige* Gefährdung sind strafbar.“ Und die Lehre vom Mangel am Tatbestand sei lediglich eine Folgerung aus dieser „grundlegenden Wahrheit“. Wo der Handelnde seinen Tatentschluß unter Umständen zu verwirklichen versuche, unter denen die Verwirklichung des Deliktstatbestands von vornherein unmöglich sei, könne das Geschehen nicht als strafbar gewertet werden.<sup>16</sup> In gewissem Sinne lebt die Lehre, wie ebenfalls gezeigt werden soll, in der Figur des *reato impossibile* und der *infractio impossibile* im italienischen und französischen Strafrecht noch heute weiter. Und in den Niederlanden erfreut sich die Lehre vom Mangel am Tatbestand, wie die Untersuchung von *Modrey* zeigt, auch heute „breiter Zustimmung“.<sup>17</sup>

### 3. Ist eine Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen möglich?

Die entscheidende Frage, die jeder Abgrenzung zwischen absolut und nur relativ untauglichem Versuch, zwischen strafbarem untauglichem Versuch und straflosem Mangel am Tatbestand vorausgeht, ist jedoch die, ob eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch überhaupt möglich ist.

Handelt es sich um einen tauglichen oder um einen untauglichen Versuch, wenn der Taschendieb in eine fremde Manteltasche greift, aber feststellen muß, dass diese leer ist? Handelt es sich um einen tauglichen oder um einen untauglichen Versuch, wenn der Täter den Entschluß, das Opfer mit Gift zu töten, mit einer zu geringen Giftdosis ins Werk setzt, so dass das Opfer mit dem Leben davonkommt? Wie steht es, wenn der Täter versehentlich Zucker statt Gift nimmt? Tauglicher oder untauglicher Hehlereiversuch beim Ankauf von „verdächtigen“ Gegenständen, die für gestohlen gehalten werden, die aber in Wahrheit nicht aus einer strafbaren Vortat stammen? Tauglicher oder untauglicher Versuch der Tötung, wenn der fliehende Verbrecher mit Tötungsvorsatz auf den ihn verfolgenden Polizisten schießt, letzterer aber eine kugelsichere Weste trägt?

Stellt man für die Beurteilung als „tauglich“ oder „untauglich“, wie es in der Regel geschieht, und wie es *Mezger* gemäß seinen oben dargestellten Prämissen sah<sup>18</sup>, auf das Kriterium der konkreten Gefährdung des Rechtsguts zur Zeit der Tathandlung ab, so ist in den oben genannten Fällen jeweils zu prüfen, ob der Täter das Objekt, gegen das sich sein Handeln richtete – den zu tötenden Menschen, die zu stehlende Sache usw. – konkret gefährdet hat.<sup>19</sup> Seit *Franz von Liszt* hatte

<sup>16</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 396.

<sup>17</sup> *Modrey*, Grenzen der Strafbarkeit des Versuchs im deutschen und niederländischen Recht, 2007, S. 9.

<sup>18</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 396 f.

<sup>19</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 397. Vgl. vor allem auch *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1884, S. 191 (der Standpunkt wird *insofern* auch von *Eb. Schmidt* in der 26. Aufl. 1932, S. 312 ff. beibehalten); *Robert v Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 425 ff.

sich als Bezeichnung für diese Beurteilung als gefährlich der Begriff der „nachträglichen Prognose“ herausgebildet.<sup>20</sup>

Der Schuss in Tötungsabsicht mit einem zuvor ohne Wissen des Schützen entladenen Gewehrs wird bei *v. Liszt/Schmidt* nach diesem Kriterium als gefährliche Handlung und daher strafbarer tauglicher Versuch angesehen. Denn maßgebend seien für den Gefährbegriff diejenigen Umstände, die im Augenblick der Ausführungshandlung „allgemein erkennbar“ seien; das „zufällige Nichtgeladensein“ einer Schusswaffe sei aber nicht allgemein erkennbar.<sup>21</sup> Wie ungewiss die Beurteilung der Gefährlichkeit eines Versuchs aber ist, sieht man daran, dass im Kommentar von *Olshausen*, wie schon erwähnt, der Tötungsversuch mit einem ungeladenen Gewehr, das der Täter für geladen hält, ganz im Gegenteil als „absolut untauglicher Versuch“ angesehen wird, da ja „auch bei richtigem Zielen und Abdrücken der als Tötungsobjekt gedachte lebende Mensch niemals getötet werden kann.“<sup>22</sup> Im heutigen Schrifttum wird der Schuss in Tötungsabsicht mit ungeladenem Gewehr als untauglicher Versuch bezeichnet, weil ein solcher Versuch nach der Formulierung des § 23 Abs. 3 StGB „überhaupt nicht, d.h. unter keinen Umständen“ zur Vervollendung führen könne; freilich sei dieser Versuch nach der subjektiven Lösung des geltenden § 22 StGB strafbar.<sup>23</sup>

Der Taschendieb, der in Diebstahlsabsicht in die zufällig leere Tasche greift, wird von *Mezger* wegen der Gefährlichkeit als Täter eines strafbaren Versuchs angesehen.<sup>24</sup> Umgekehrt stellt das Lehrbuch von *v. Liszt/Schmidt* zwar den Satz voran: „Die Gefährlichkeit macht das Wesen des Versuchs aus.“<sup>25</sup> Der Griff des Taschendiebs wird aber gleichwohl als straflos bezeichnet: Der Taschendieb wähle hier ein in concreto untaugliches Mittel. Ein solcher „absolut untauglicher“ Versuch habe straflos zu bleiben.<sup>26</sup>

Die Beispiele, die für die Abgrenzung als „tauglich“ oder „untauglich“ in Vergangenheit und Gegenwart gegensätzlich entschieden werden, ließen sich ohne weiteres vermehren. Die Bezeichnung als „tauglich“ oder „untauglich“ erweckt damit häufig den Eindruck des Beliebigen. Die bei der Beurteilung dieser Fälle auftauchenden Differenzen sind aber nur die Konsequenz des Umstands, dass der zum Kriterium erhobene Begriff der Gefahr für das vom Täter ins Auge gefasste Angriffsobjekt nicht in der Lage ist, eine zufriedenstellende Antwort auf die Frage

---

<sup>20</sup> *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1884, S. 191 Fußn. 20; vgl. auch die Darstellung der auf die Gefährdung bezogenen „objektiven“ Versuchslehren bei *Frank*, StGB, 18. Aufl. 1931, § 43, II; weiter *Robert v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 427.

<sup>21</sup> *v. Liszt/Schmidt* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 314; für Strafbarkeit auch *Frank*, StGB, 18. Aufl. 1931, § 43, III.

<sup>22</sup> *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I, 10. Aufl. 1916, § 43, Nr. 22.

<sup>23</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, § 15 Rn. 88.

<sup>24</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1930, S. 397; ebenso *Frank*, StGB, 18. Aufl. 1931, § 43, III.

<sup>25</sup> *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, 26. Aufl. 1932, S. 302.

<sup>26</sup> *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, 26. Aufl. 1932, S. 302. In der heutigen Literatur wird der Diebesgriff in die leere Tasche ebenfalls als untauglicher (heute strafbarer) Versuch angesehen von *Jesbeck/Wiegand*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S.530.

zu geben, ob ein Versuch tauglich oder untauglich ist. Stellt man für die erwähnte nachträgliche Prognose darauf ab, welche Umstände zur Zeit der Versuchshandlung des Täters „allgemein erkennbar“ gewesen sind<sup>27</sup>, so bedarf es der Festlegung, welche Kenntnisse derjenige gehabt haben muss, für den die Umstände erkennbar gewesen sein sollen. Beim Schießen mit einem ungeladenen Gewehr beispielsweise wäre zu fragen, ob für einen objektiven Beobachter zur Zeit der Handlung des Täters erkennbar war, ob das Gewehr geladen war oder nicht. Woher soll der Beobachter das aber wissen? Dasselbe gilt für den Griff des Taschendiebs in die leere Tasche des ins Auge gefassten Opfers: Ob es sich hier um einen tauglichen oder untauglichen Versuch handelt, hängt, wenn man auf ein Gefährurteil im Sinne der „Erkennbarkeit“ abstellt, davon ab, welches Wissen man für die Erkennbarkeit zugrundelegt. Wer weiß, dass die Taschen des Opfers leer sind, wird, wenn der Taschendieb ohne Erfolg bleibt, konstatieren, dass er um die Erfolglosigkeit von vornherein gewusst habe.

Dass das Kriterium der Erkennbarkeit so wenig hilfreich ist, beruht auf dem Umstand, dass man insofern, anders etwa als bei einem standardisierten Fahrlässigkeitsmaßstab, als „objektiven Beobachter“ nicht etwa einen gewissenhaften und sorgfältigen Bürger als Maßstab zugrundelegen kann. Während bei einem solchen standardisierten Fahrlässigkeitsmaßstab das *Sollen* die Fähigkeiten und Kenntnisse des im Sozialleben aktiven Bürgers wiedergibt, der die erforderliche Sorgfalt walten lassen muß, um die Verletzung der Rechtsgüter anderer Bürger durch seine Handlungen zu vermeiden, gibt es für die „interesselose“ Beobachtung von Vorgängen, deren Zeuge jemand zufällig wird, gerade keine maßstäbliche Person. Das hält im übrigen schon *Delaquis* im Jahre 1904 fest, der in seiner Monographie „Der untaugliche Versuch“ gegen das Kriterium der Gefährlichkeit Stellung nimmt und bemerkt: „Was als ‚gefährlich‘ gelten soll, ist ....einheitlich nicht feststellbar.“<sup>28</sup>

Auch wenn man nicht auf einen „objektiven Beobachter“ abstellt, sondern die in heutiger Zeit für die Kennzeichnung der Konstellation des untauglichen Versuchs verwendeten Formulierungen zugrundelegt, entgeht man diesem Einwand nicht. Erklärt man, ein untauglicher Versuch liege vor, wenn der Erfolg „überhaupt nicht“, „unter keinen Umständen“ eintreten könne, oder wenn Tatmittel oder Tatobjekt „ungeeignet“ seien, so hängt wiederum alles davon ab, was derjenige weiß, der die Aussage treffen soll, bei Vornahme der Täterhandlung habe festgestanden, dass der Erfolg „überhaupt nicht“ oder „unter keinen Umständen“ habe eintreten können.

So verwundert es nicht, wenn hinsichtlich einer Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen gelegentlich mit Ironie herausgestellt wird, es gebe für die Abgrenzung nur zwei wirklich konsequente Standpunkte: Auf der einen Seite den Standpunkt des „lieben Gottes“, auf der anderen Seite den Stand-

<sup>27</sup> So v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, 26. Aufl. 1932, S. 302; vom „Urteil eines objektiven, sachkundigen Beobachters“ spricht *Robert v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 427.

<sup>28</sup> *Delaquis*, Der untaugliche Versuch, 1904, S. 125.

punkt des Täters selbst. Denn der „liebe Gott“ als allwissender Geist wisse stets im Voraus, dass ein Versuch, von dem man ex post weiß, dass er nicht zur Vollendung gelangt ist, gar nicht zur Vollendung gelangen konnte. Für den „lieben Gott“ gebe es also nur untaugliche Versuche. Der Täter selbst gehe andererseits immer davon aus, dass sein Versuch zur Vollendung gelangen könne, denn andernfalls würde er seine Tat ja nicht versuchen. Für den Täter selbst gebe es also nur gefährliche und damit taugliche Versuche. Jeder Kenntnisstand, der zwischen diesen beiden Extremen liege und für das Gefahurteil etwa zugrundegelegt werde, sei Willkür.

Auch dies hat bereits *Delaquis* in seiner oben erwähnten Monographie den „Objektivisten“ seiner Zeit entgegengehalten. „Ganz allgemein“ – so führte er aus – „muß die Methode der Objektivisten, mit Generalisationen und Abstraktionen zu operieren, zurückgewiesen werden.“<sup>29</sup> Mit den Abstraktionen meint er die Art und Zahl der tatsächlichen Umstände, von denen man absehen kann oder muss, um zu dem Urteil zu gelangen, ein Versuch könne in concreto „auf keinen“ Fall zur Vollendung führen. Im Falle des Schusses mit einem ungeladenen Gewehr geht es um den Umstand des Nichtgeladenseins. Berücksichtigt man ihn für das Gefahurteil, so ist der Versuch ungefährlich. Berücksichtigt man ihn nicht, so ist der Versuch gefährlich.

Legt man diesen Befund zugrunde, so kann man eigentlich nur mit Erleichterung zur Kenntnis nehmen, dass das geltende deutsche Strafrecht darauf verzichtet, eine Entscheidung darüber zu verlangen, ob in concreto ein Versuch ein tauglicher oder ein untauglicher sei. Angesichts des Gesetzesstands bemerkt denn auch das Lehrbuch von *Roxin*: „Die Abgrenzung von tauglichem und untauglichem Versuch .... wird hier nicht weiter verfolgt, weil sie wegen der Strafbarkeit beider Formen des Versuchs praktisch bedeutungslos ist.“<sup>30</sup> Auch das Lehrbuch von *Jescheck/Weigend* hält fest, dass die alte Streitfrage der Bestrafung des untauglichen Versuchs heute im wesentlichen in dem Sinne entschieden sei, dass auch der untaugliche Versuch strafbar sei.<sup>31</sup>

#### 4. Der grob unverständige Versuch

Entkommt man demgemäß nach der heutigen Gesetzeslage in Deutschland dem rational nicht auflösbaren Problem, generell zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen unterscheiden zu müssen, so sieht man sich im Hinblick auf § 23 Abs. 3 StGB aber dann doch wieder genötigt, Fallkonstellationen zu identifizieren, in denen der Versuch nach der Art des Mittels und des Gegenstands der Tat „überhaupt nicht“ zur Vollendung führen konnte, und zwar in den Fällen, in denen der

---

<sup>29</sup> *Delaquis*, Der untaugliche Versuch, 1904, S. 171.

<sup>30</sup> *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, 2003, § 29 Rn. 346.

<sup>31</sup> *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 530.

Täter diese Art von Vergeblichkeit seines Handelns „aus grobem Unverstand“ verkannt hat.

Obwohl mit der Formulierung „überhaupt nicht“ auf die Figur des untauglichen Versuchs Bezug genommen wird<sup>32</sup>, ist hier das Problem der Abgrenzung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch in gewisser Weise dadurch entschärft, dass „grober Unverstand“ im Spiel gewesen sein muss. Schon *Mezger* betont – freilich im Zusammenhang mit dem abergläubischen Versuch – dass „auch exquisite Dummheit“ des Täters dessen Strafbarkeit hindern könne.<sup>33</sup> Die Entschärfung des Abgrenzungsproblems entsteht in den Fällen des groben Unverstands dadurch, dass der Versuch einer Art Gesamtwertung unterzogen wird, bei der von vornherein nur Extremfälle in den Blick kommen.

Aber wie schwierig die Bestimmung der Strafbarkeit auch im Bereich des § 23 Abs. 3 StGB immer noch bleibt, zeigt die bisher einzige dazu veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofs, nämlich BGH 41, 94: Die Täterin hatte in Tötungsabsicht mit zwei je eine Sekunde dauernden Sprühstößen Insektengift aus einer Sprayflasche, die insgesamt 500 ml enthielt, auf das Brot ihres Ehemannes gesprüht. In der Spraydose befanden sich 0,85 ml des Giftes Fenitrothion, von dem aber 40 g nötig gewesen wären, um einen Menschen zu töten – umgerechnet also offenbar der gesamte Inhalt von ungefähr 48 Spraydosen. Grober Unverstand wurde vom BGH verneint, denn es habe sich nicht um eine für jedermann ersichtliche Verkennung von Ursachenzusammenhängen gehandelt, wie man ja auch daraus ersehen könne, dass die Vorinstanz einen Sachverständigen herangezogen habe, der die Wirkungsweise des Insektengifts und die zur Tötung eines Menschen erforderliche Menge erst erläutert habe. Ein Irrtum über die Stärke des verwendeten Gifts falle aber nicht unter § 23 Abs. 3 StGB.<sup>34</sup> Der Täterin blieb also die in § 23 Abs. 3 StGB ermöglichte Strafmilderung nach dem Schlüssel des § 49 Abs. 2 StGB und natürlich erst recht ein Absehen von Strafe versagt.

Führt man die Argumentation des BGH weiter, der als wesentlich ansieht, dass im konkreten Fall erst ein Sachverständiger die zur Tötung eines Menschen erforderliche Menge errechnet und die Ungefährlichkeit der beiden Sprühstöße festgestellt habe, so kann man sogar zu dem Ergebnis gelangen, es scheidet nicht nur grober Unverstand aus, sondern es handle sich überdies um einen tauglichen Versuch. Denn stellt man auf den bewussten objektiven Beobachter ab, der zur Zeit der Vornahme der Täterhandlung deren Gefährlichkeit beurteilt, und der vorausgesetztermaßen kein Sachverständiger ist, so liegt es nahe anzunehmen, dass ein solcher Beobachter Lebensgefahr für das Opfer angenommen hätte, als die Täterin das

<sup>32</sup> Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, 2003, § 29 Rn. 346.

<sup>33</sup> *Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 397.

<sup>34</sup> Mit Recht weist aber *Bloy*, ZStW 113,2001, S. 103 darauf hin, dass das Abstellen auf die Unterscheidung zwischen qualitativen und quantitativen Fehleinschätzungen das Problem verfehlt. Denn – wie *Bloy* aaO. zutreffend festhält – es lassen sich die quantitativen Aussagen ohne weiteres in qualitative Aussagen umdeuten und umgekehrt.



Insektengift auf das Brot ihres Ehemannes sprühte – die Täterin selbst hat dies ja ohne weiteres so gesehen.

Besonders bemerkenswert an der Regelung des § 23 Abs. 3 StGB ist dabei, dass sie gegenüber der Bestrafung der „normalen“ – tauglichen oder untauglichen – Versuche nur eine weitere Kannmilderung vorsieht. Der Richter kann also bei grober Unverständigkeit von Strafe absehen oder die Milderung nach § 49 Abs. 2 StGB aussprechen – er kann es aber auch bei der „kleinen“ Kannmilderung gegenüber der vollendeten Tat gem. § 22 Abs. 2 StGB belassen. Und schließlich: Er kann den grob unverständigen Versuch nach der Gesetzeslage auch wie die vollendete Straftat bestrafen, da ja gem. § 23 Abs. 2 StGB auch die generelle Straf-milderung bei Versuchen nur fakultativ ist. Damit wäre dann der Subjektivismus in seiner reinen Form zur Geltung gebracht.

## 5. Heutige Forderungen, den untauglichen Versuch straflos zu lassen

In der Lehre ist dieser in Deutschland durch die Legislative ermöglichte extreme Subjektivismus ganz allgemein immer wieder auf Kritik gestoßen.<sup>35</sup> Es sind immer wieder Stimmen laut geworden, die nicht nur den soeben angesprochenen grob unverständigen Versuch, sondern überhaupt solche Versuchsgestaltungen, die für die Rechtsgüter anderer als ungefährlich angesehen werden, straflos lassen möchten.

Freilich wird eine Abkehr vom Subjektivismus des Gesetzgebers heute meist nicht mehr mit den Argumenten verlangt, die, wie gezeigt, beispielsweise der Unterscheidung zwischen absolut untauglichen und relativ untauglichen Versuchen oder – vor allem – der Lehre vom Mangel am Tatbestand zugrundelagen. Hingewiesen sei in dieser Hinsicht nur auf die Überlegungen von *Köhler*<sup>36</sup>, *Zaczylek*<sup>37</sup> und *Rath*<sup>38</sup>, die grundlegende Erwägungen zum Unrechtsbegriff heranziehen und bestimmte Versuchskonstellationen aus dem Bereich der Strafbarkeit ausscheiden möchten. Auch *Alwart*<sup>39</sup> ist in diesem Zusammenhang zu nennen, der aus der von *Schmidhäuser* entwickelten Unrechtskonzeption, die zwischen Zielunrecht und Gefährdungsunrecht unterscheidet, und aus allgemeinen Erwägungen der Strafwürdigkeit zu einer Eingrenzung der möglichen Strafbarkeit von Versuchshandlungen gelangt.

Gelegentlich wird allerdings auch heute noch auf die oben dargestellten „Gefährlichkeitstheorien“ Bezug genommen, und es wird auch auf den seinerzeit ver-

---

<sup>35</sup> Vgl. wieder *Bloy*, ZStW 113, 2001, S. 109 f. m. w. Nachw.- Nachdrücklich befürwortet wird die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hingegen von *Herzberg*, GA 2001, 257 und MK I, 2003, § 22 Rn. 51: „Wer den Finger krümmt und für die nächste Sekunde erwartet, einen Menschen totzuschießen, verdient die gesetzlich vorgesehene Bestrafung auch, wie immer der Fall im übrigen auch liegen mag.“ (Hervorhebung im Original)

<sup>36</sup> *Köhler*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1996, S. 451 ff.

<sup>37</sup> *Zaczylek*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, insbes. S. 128 ff.

<sup>38</sup> *Rath*, JuS 1998, 1006, insbes. S. 1111 ff.

<sup>39</sup> *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, passim.

wendeten *Maßstab* für die Beurteilung der Gefährlichkeit zurückgegriffen: Ein Versuch sei gefährlich, wenn ein einsichtiger Durchschnittsbeobachter, der die Ziele des Täters und dessen etwaiges Sonderwissen kennt, den Erfolg ex ante ernsthaft für möglich halte.<sup>40</sup>

Damit sind alle Schwierigkeiten, die mit der „Gefährlichkeitstheorie“ schon immer verbunden waren, aufrechterhalten. Ob ein „Durchschnittsbeobachter“, der Zeuge eines Tötungsversuchs mittels eines Schusses mit einem ungeladenen Gewehr wird, das Abdrücken durch den Schützen für gefährlich hält, hängt davon ab, ob er weiß, dass das Gewehr ungeladen ist. Ob ein „Durchschnittsbeobachter“, der in Kenntnis der Pläne des Täters Zeuge wird, wie dieser einem anderen ein bestimmtes Quantum des Gifts in das Getränk schüttet, diesen Vorgang als gefährlich einstuft, hängt von den Kenntnissen des Beobachters über die zur Tötung eines Menschen erforderliche Menge dieses Gifts ab. Und sieht ein „Durchschnittsbeobachter“, wie ein Dieb eine Sache „stiehlt“, die in Wahrheit im Eigentum des „Diebes“ steht, die dieser aber irrtümlich für eine fremde hält, so ist entscheidend dafür, ob der Beobachter den Vorgang für das Rechtsgut „Eigentum“ als gefährlich einstuft, dessen Kenntnis der Eigentumsverhältnisse an der Sache.

## 6. Der Wechsel des Blickwinkels: Die Eindruckstheorie

Die sogenannte Eindruckstheorie versucht bekanntlich, die Unsicherheiten des Gefahrurteils zu vermeiden. Diese Theorie bemisst die Strafwürdigkeit eines Versuchs danach, ob und in welchem Maße die Handlung des Versuchstäters einen „rechtserschütternden Eindruck“ hervorrufe.<sup>41</sup> Die Eindruckstheorie wendet also den Blick weg von der Handlung des Versuchstäters hin zu einer Person oder einer Personengesamtheit, die durch die Handlung einen „Eindruck“ erhält. Aber *ein* Einwand, der gegen die Gefährlichkeitstheorien zu erheben ist, bleibt damit auch gegenüber der Eindruckstheorie bestehen: Ob durch eine bestimmte Handlung ein „rechtserschütternder Eindruck“ hervorgerufen wird, hängt immer auch davon ab, wie genau die Person, die diesen Eindruck empfinden könnte, die Tatumstände – z. B. das Geladensein des Gewehrs, die Beschaffenheit des zum Vergiften eingesetzten Pulvers – kennt.

Das Kriterium des rechtserschütternden Eindrucks weist denn auch inhaltlich eine seltsame Zwitterstellung auf zwischen der empirischen Aussage über einen faktisch vorfindlichen Zustand der Rechtserschütterung, der verifiziert oder falsifiziert werden kann, und einer normativ fundierten Entscheidung, die von der Fragestellung ausgeht, wann man annehmen kann, dass bei einem Versuch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung als erschüttert anzusehen ist. Sieht man den Gehalt der „Eindruckstheorie“ empirisch und einzelfall-

<sup>40</sup> Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, 2003, § 29 Rn. 27; Hirsch, Roxin-FS, 2001, S. 719 f.

<sup>41</sup> Darstellung dieser Theorie und ihrer Einzelausprägungen bei Malitz, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1997, S. 149 ff.

bezogen, so dürfte der Unterschied zu denjenigen Theorien, die für die Strafbarkeit des Versuchs auf die objektive Gefährlichkeit abstellen, gering sein: Rechtserlöschend in concreto wirken solche Versuche, die – nach welchem Maßstab auch immer – gefährlich sind, nicht rechtserlöschend wirken Versuche, die ungefährlich sind, also vor allem abergläubische und grob unverständige Versuche.

Stellt man hingegen für die Feststellung eines rechtserlöschenden Eindrucks auf die Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung ab, so ist dies eine Einschätzung, die die Möglichkeiten der Steuerung des Verhaltens der Normadressaten betrifft. Diese Einschätzung, methodentheoretisch vergleichbar der Feststellung der Notwendigkeit der „Verteidigung der Rechtsordnung“ gem. §§ 47 Abs. I, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 StGB<sup>42</sup>, ist nur zu einem Teil empirisch überprüfbar und hängt im übrigen nicht unerheblich von Wertentscheidungen des Gesetzgebers ab, die ihrerseits auch wieder von den Grundentscheidungen der Verfassung beeinflusst werden.

Auf diese und andere Schwächen der „Eindruckstheorie“ ist häufig hingewiesen worden.<sup>43</sup> Sie ist zur Begründung der Strafbarkeit von Versuchen jedenfalls so lange ungeeignet, wie die Kriterien nicht rational benannt werden, die den Eindruck der Rechtserlöschung, der ja nur ein *Reflex* der Wirklichkeit sein kann, auslösen. Wie gestaltet muss die Wirklichkeit sein, um den Reflex zu erzeugen? Diese Frage bleibt beim bloßen Verweis auf das vorhandene oder fehlende sozialpsychologische Faktum des rechtserlöschenden Eindrucks unbeantwortet.

## V. Zwischenergebnis

Hält man nach diesem kurzen Blick auf die Entwicklung der Versuchslehre und ihren heutigen Stand in Deutschland einmal inne, so kann man als Befund festhalten, dass die Versuchslehre durch eine gewaltige Meinungsvielfalt gekennzeichnet ist, die natürlich darauf beruht, dass man sich nicht darüber einig war und ist, welches eigentlich der Grund der Versuchsbestrafung ist. Der Objektivismus tritt in einer großen Anzahl von Ausprägungen auf, die nicht stringent definiert werden können, und der Subjektivismus hat seit jeher mindestens für die Fälle des abergläubischen Versuchs, aber in Wahrheit auch darüber hinaus, zugestehen müssen, dass er nicht in reiner Form durchzuhalten ist. Der Objektivismus, der u. a. die Kategorien der tauglichen und der untauglichen Versuche geschaffen hat, hat mit dieser Unterscheidung, wie gezeigt, nur Scheinlösungen geschaffen, und der Subjektivismus gibt durch die Regelung über den grob unverständigen Versuch im geltenden Recht zu erkennen, dass objektive Elemente für die Strafwürdigkeit des Versuchs eben doch unverzichtbar sind.

---

<sup>42</sup> Dazu *Mainvald*, GA 83, 49 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 208 ff.; *Herzberg* GA 01, 266 f.; *Hirsch*, Roxin-FS, 01, 714 ff.; *Zaczek*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 21 ff.; *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, 2003, § 49 Rn. 46 ff.

So wird denn ein gewisses Interesse wach zu erfahren, wie eigentlich andere Nationen diese Problematik lösen. Sollte eines Tages ein gemeinsames Strafrecht für Europa geschaffen werden – welche Lösungen würden dann konkurrieren? Und: Gibt es europäische Staaten, die für die Bestrafung tauglicher, untauglicher und grob unverständiger Versuche eine überzeugende Lösung anzubieten haben? Dabei muss vorweg geprüft werden, ob sie zwischen derartigen Versuchsarten der Sache nach unterscheiden, und, bejahendenfalls, welches die Unterscheidungskriterien sind.

## VI. Meinungsvielfalt in Frankreich

### 1. Die Gesetzeslage

Beginnen wir mit Frankreich, das auf die deutsche Strafgesetzgebung im 19. Jahrhundert einen so großen Einfluss ausgeübt hat und insbesondere für viele Vorschriften des preußischen Strafgesetzbuchs bestimmend war.<sup>44</sup> Der Nouveau Code Pénal aus dem Jahr 1994 definiert den Versuch in Art. 121-5:

„Versuch liegt vor, wenn ein Anfang der Ausführung offenbar geworden ist, und er nicht abgebrochen wurde oder nicht zur Vollendung gelangt ist durch Umstände, die vom Willen des Täters unabhängig sind.“<sup>45</sup>

Lässt man einmal den Umstand außer Betracht, dass bereits in die Definition des strafbaren Versuchs das Ausbleiben eines freiwilligen Rücktritts aufgenommen ist<sup>46</sup>, so ist zu erkennen, dass in der Formulierung „Anfang der Ausführung“ und auch im objektivierenden Erfordernis des Sich-Offenbarens dieses Anfangs der Ausführung die Fragestellung angelegt aber eben auch nicht entschieden ist, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen eine „Ausführung der Straftat“ im Sinne einer Vollendung von vornherein ausgeschlossen ist, weil das eingesetzte Mittel oder das anvisierte Objekt untauglich sind. Das französische Strafrecht nennt derartige Fälle *infraction impossible*. Als Beispiele werden genannt die Fälle des Taschendiebes, der, um die Geldbörse zu stehlen, dem Opfer in die Tasche greift, die sich aber als leer erweist, oder des Täters, der Abtreibungshandlungen an einer Frau vornimmt, die nicht schwanger ist.<sup>47</sup> Diese Fälle werden als besondere Kategorie genannt neben

<sup>44</sup> Vgl. die Darstellung bei *Hartmann*, Der Einfluß des französischen Rechts auf das preußische Strafgesetzbuch, ungedr. Diss. Göttingen, 1922, passim; *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht I, 1925, S. 324 ff.

<sup>45</sup> „La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.“

<sup>46</sup> Dazu *Pradel*, Droit Pénal Général, 16. Aufl. 2006, Nr. 385 ff., 388.

<sup>47</sup> *Pradel*, Droit Pénal Général, 16. Aufl. 2006, Nr. 389.

den Fällen der *infraction manquée*, die dem entsprechen, was das deutsche Strafrecht einen tauglichen Versuch nennt. Als Beispiel hierfür wird der Schuss auf das Opfer angesehen, wenn es dem Opfer gelingt, durch rasches Beiseitespringen den Schuss ins Leere gehen zu lassen. Hervorzuheben ist, dass die französische Lehre der Abgrenzung dieser beiden Versuchsgestaltungen aber keine große Aufmerksamkeit widmet.<sup>48</sup>

## 2. Keine Einheitlichkeit in der Lehre

Während in der französischen Doktrin die Fälle der *infraction manquée* ohne weiteres als strafbar angesehen werden, differieren hinsichtlich der Lösung der Fälle der *infraction impossible* die Meinungen. Ein Teil der Lehre geht von der Straflosigkeit dieser Konstellationen aus, wobei zur Begründung darauf hingewiesen wird, bei einer *infraction impossible* könne es gar keinen Anfang der Ausführung geben; hinzugefügt wird auch zuweilen, es fehle in solchen Fällen am *trouble social* – ein Begriff, der dem deutschen „rechtserschütternden Eindruck“ entspricht.

Ein anderer Teil der Lehre plädiert aber für die Strafbarkeit der *infraction impossible*. Denn es könne kein Unterschied gemacht werden zwischen einem (nicht freiwillig) abgebrochenen Versuch und einem Versuch, der von vornherein nicht zum Erfolg führen könne. Auch Gründe der Gefährlichkeit des Täters der *infraction impossible* – der die Tat demnächst ja noch einmal, und zwar dann in tauglicher Weise begehen könne – spielen eine Rolle für die Entscheidung, diese Handlungen für strafbar zu erklären.<sup>49</sup>

Schließlich – wie könnte es anders sein – existieren für die Lösung des Problems der Strafbarkeit der *infractions impossibles* auch vermittelnde Ansichten (*voies moyennes*). Diese wollen teilweise zwischen absoluter Untauglichkeit und relativer Untauglichkeit unterscheiden (*impossibilité absolue* und *impossibilité relative*); nur der relativ untaugliche Versuch sei strafbar. Ein solcher sei beispielsweise anzunehmen, wenn der Kirchenstock, der aufgebrochen wird, sich als leer erweise. Ein absolut untauglicher Versuch liege demgegenüber z. B. vor, wenn der Täter in Tötungsabsicht auf jemanden schieße, der schon tot ist.<sup>50</sup>

Andere Autoren unterscheiden zwischen der rechtlichen und der tatsächlichen Untauglichkeit. Der Griff des Taschendiebes in die im Augenblick leere Tasche sei ein tatsächlich untauglicher Versuch, der zu bestrafen sei. Der versuchte Giftmord, der mit einer ungiftigen Substanz unternommen werde, oder der Schuss in Tö-

---

<sup>48</sup> Vgl. die Darstellung bei *Pradel*, *Droit Pénal Général*, 16. Aufl. 2006, Nr. 391.

<sup>49</sup> Vgl. etwa die in diese Richtung gehende Argumentation bei *Mayaud*, *Droit pénal général*, 2. Aufl. 2007, Nr. 289. Freilich erklärt dieser Autor auch, dass es an sich folgerichtig („a un intellectualisme pur“) wäre, die *infraction impossible* straflos zu lassen, da man nicht etwas auszuführen beginnen könne, was gar nicht ausgeführt werden könne (aaO.)

<sup>50</sup> *Ortolan*, *Éléments de droit pénal I*, 5. Aufl. 1886, Nr. 1004 bis 1006.

tungsabsicht auf eine schon tote Person seien rechtlich untaugliche Versuche, da es hier an einem Element der Straftat fehle.<sup>51</sup>

### 3. Die Rechtsprechung folgt der subjektiven Theorie

Die Rechtsprechung in Frankreich steht, wie die Lehrbücher referieren, in heutiger Zeit auf dem Standpunkt, auch die untauglichen Versuche seien strafbar.<sup>52</sup> Hingewiesen wird etwa auf die Entscheidung der *Cour de Cassation*, in der diese eine Verurteilung wegen versuchten Mordes bestätigte: Der Angeklagte hatte eine Person „getötet“, die in Wahrheit bereits tot war. Der Umstand, dass das Opfer gar nicht mehr getötet werden konnte, wurde im Sinne von Art. 121-5 des *Code pénal* als „Umstand, der vom Willen des Täters unabhängig ist“, angesehen, so dass das in dieser Vorschrift vorgesehene Erfordernis eines strafbaren Versuchs gegeben sei.<sup>53</sup> „Das ist der Triumph der subjektiven Auffassung unter dem Mantel einer wörtlichen Auslegung von Art. 2 c. p. (des heutigen Art. 121-5 c. p.)“, bemerkt das Lehrbuch von *Pradel* kritisch zu dieser Entscheidung.<sup>54</sup>

### 4. Parallelen zur Diskussion in Deutschland

Will man diese ganz kurze Skizze zur Beurteilung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im französischen Strafrecht in Relation setzen zu dem in Deutschland gegebenen Diskussionsstand, so kann man deutliche Parallelen feststellen. Wir stoßen auf die – von Teilen der Lehre, vor allem aber von der Rechtsprechung vertretene – subjektive Versuchstheorie, wir finden in der Doktrin die Meinung, die den untauglichen Versuch mangels Gefährlichkeit oder mangels einer relevanten Störung des Soziallebens ganz straflos lassen möchte. Und schließlich gibt es auch in Frankreich das Bestreben, innerhalb des Bereichs der untauglichen Versuche zu unterscheiden zwischen solchen, die strafbar sind, und solchen, die es nicht sind. Diese letztere Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Unmöglichkeit erinnert an die in Deutschland in der Vergangenheit unter dem Stichwort „Mangel am Tatbestand“ geführte Diskussion, die danach differenzieren wollte, welche Tatbestandsmerkmale der Täter sich irrtümlich vorstellt.

In *einem* Punkt ist in der Versuchsdiskussion in Frankreich und in Deutschland jedoch ein bemerkenswerter Unterschied festzustellen: Während in Deutschland die Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen durchaus problematisiert und – wie vom Verfasser dieser Bestandsaufnahme – teilweise auch

<sup>51</sup> *Garraud*, Précis de droit criminel, 7. Aufl. 1901, Nr. 106.

<sup>52</sup> *Pradel*, Droit Pénal Général, 16. Aufl. 2006, Nr. 394; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, 14. Aufl. 2007, Nr. 456.

<sup>53</sup> Crim., 16. Januar 1986, D., 1986, 265.

<sup>54</sup> *Pradel*, Droit Pénal Général, 16. Aufl. 2006, Nr. 394: « C'est le triomphe de la conception subjective sous le manteau d'une interprétation littérale de l'article 2, c. p. (aujourd'hui, art. 121-5, C. P.) ».

für unmöglich erklärt wird, wird phänomenologisch, als Abgrenzungsfrage gegenüber der *infraction manquée*, die Gestalt der *infraction impossible* in Frankreich als eine bestimmte Form des Versuchs nicht in Frage gestellt.

## VII. Der leading case Shivpuri: England

### 1. Der Criminal Attempts Act 1981

Uneinheitlichkeit bei der Beurteilung der Strafbarkeit untauglicher Versuche ist auch im englischen Strafrecht festzustellen. Der Ausgangspunkt ist für die gegenwärtige Rechtslage in England der *Criminal Attempts Act* 1981. Im hier interessierenden Zusammenhang hat dieser *Act* folgenden Wortlaut:

- (1) Wenn jemand mit der Absicht, eine Straftat zu begehen, auf die sich dieser Abschnitt bezieht, eine Handlung vornimmt, die nicht nur vorbereitender Art ist für die Begehung der Straftat, so ist er des Versuchs der Begehung der Straftat schuldig.
- (2) Es kann jemand des Versuchs einer Straftat, auf die sich dieser Abschnitt bezieht, auch dann schuldig sein, wenn nach den tatsächlichen Umständen die Begehung der Straftat unmöglich ist.<sup>55</sup>

Während der erste Absatz offensichtlich das Ziel verfolgt, bloße Vorbereitungshandlungen aus dem Bereich der Strafbarkeit auszuschließen, nimmt der zweite Absatz zur Frage des untauglichen Versuchs (*impossible attempt*) Stellung und erklärt ihn für strafbar. Das hinderte freilich das *House of Lords* nicht daran, zunächst, nach Inkrafttreten des Gesetzes, den untauglichen Versuch doch für straflos zu erklären.<sup>56</sup>

Jedoch gilt inzwischen der Fall *Shivpuri* (1986), ein Jahr später ebenfalls vom *House of Lords* entschieden, als der *leading case*<sup>57</sup>: Der Angeklagte wurde von der Polizei als Drogenkurier verdächtigt und längere Zeit beobachtet. Er wurde festgenommen, als er mit einem Rucksack unterwegs war. Zum Inhalt des Rucksacks gab er an (wie es tatsächlich seiner Überzeugung entsprach), er enthalte Cannabis. Als die Polizei den Rucksack öffnete, stellte sich heraus, dass es sich um getrocknete

---

<sup>55</sup> „(1) If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than preparatory to the commission of the offence he is guilty of attempting to commit the offence.

(2) A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.”

<sup>56</sup> *Anderton vs. Ryan* (1985) AC 560.

<sup>57</sup> *Shivpuri* (1987) AC 1.

Salatblätter handelte.<sup>58</sup> Das *House of Lords* sah das Verhalten entsprechend der Regelung des *Criminal Attempts Act* 1981 als strafbaren Versuch des entsprechenden Drogendelikts an. Dementsprechend wird beispielsweise im Schrifttum auch der Ankauf einer Sache, von der der Käufer irrtümlich annimmt, sie sei gestohlen, als Versuch der Hehlerei angesehen.<sup>59</sup>

## 2. Der Strafgrund des Versuchs in der englischen Doktrin

Die Überlegungen der Doktrin, wie die Bestrafung versuchter Verbrechen, nicht nur der Vollendung, generell zu rechtfertigen sei, greifen einerseits auf den Gesichtspunkt der Prävention zurück: Die Strafverfolgungsbehörden müssten schon einschreiten können, bevor durch kriminelles Handeln ein Schaden angerichtet werde – sofern also nur die *Gefahr* bestehe, dass der Schaden eintrete. Andererseits wird auf Schuldgesichtspunkte hingewiesen: Wenn der Täter einer Straftat mit seiner Tat nicht zur Vollendung gelange, so beruhe dies häufig auf Zufall (*the difference in the outcome is determined by chance rather than by choice*); die Schuld des Täters sei im Fall des Fehlschlagens der Tat nicht geringer als im Fall des Gelingens. Das Strafrecht habe es aber nun einmal mit dem Täter zu tun und sollte sich nicht von den Zufälligkeiten der tatsächlichen Entwicklung des Geschehens abhängig machen.<sup>60</sup>

Für die Situation des untauglichen Versuchs kehren die Argumente der Objektivisten, die auf die Gefährlichkeit des konkreten Handelns abstellen, und der Subjektivisten, die auf die Schuld des Handelnden abstellen, wieder. Für den Täter eines untauglichen Versuchs konstatieren die Subjektivisten, dass sein *state of mind is just as blameworthy as it would be if the facts were as they are believed to be*. Folgerichtig plädieren sie für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Die Objektivisten hingegen weisen darauf hin, daß es nicht angehe, daß das Strafrecht in Situationen eingreife, in denen sich gar kein Rechtsgut in Gefahr befinde, und machen zum Teil ein praktisches Argument geltend: Es sei nicht von der Hand zu weisen, daß manche Verurteilungen aufgrund von Geständnissen erfolgen könnten, die das Ergebnis von Furcht, Verwirrung oder sogar Unterstellungen durch die Polizei seien. Es könnte geradezu eine Verführung für die Polizei geschaffen werden – so wird gesagt –, eine Beschuldigung zu konstruieren einfach auf der Grundlage von Erklärungen, die dem Angeklagten zugeschrieben werden (*simply on the basis of remarks attributed to the accused person*)<sup>61</sup>: Mit Bezug auf den erwähnten Fall *Shinpur* wird be-

<sup>58</sup> Die ungewöhnliche Fallgestaltung findet ihre Erklärung in dem Umstand, dass dem Täter der Rucksack von Undercover-Agenten ausgehändigt worden war. Die Agenten hatten ihm vorgespiegelt, es handle sich um Cannabis, während sie in Wahrheit harmlose Salatblätter hineingepackt hatten.

<sup>59</sup> *Ashworth*, Principles of Criminal Law, 5. Aufl. 2006, S. 453. Was die Rechtsprechung zum *impossible attempt* betrifft, so wird sie ausführlich dargestellt von *Simester/Sullivan*, Criminal Law. Theory and doctrine, 3. Aufl. 2007, S. 325 ff.; *Reed/Fitzpatrick*, Criminal Law, 2006, 6–013ff.

<sup>60</sup> *Ashworth*, Principles of Criminal Law, 5. Aufl. 2006, S. 445; *Smith/Hogan*, Criminal Law, 10. Aufl. 2003, S. 347. Ausführliche Darstellung der subjektivistischen und objektivistischen theoretischen Standpunkte bei *Duff*, Criminal Attempts, 2004, S. 147 ff.

<sup>61</sup> *Ashworth*, Principles of Criminal Law, 5. Aufl. 2006, S. 453.



fürchtet, dass jeder, der einen Rucksack trägt, festgenommen werden könnte, indem ihm die Äußerung zugeschrieben werde: „Ich dachte, er enthält Drogen.“

### 3. Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen

Auch das in der deutschen Strafrechtsdogmatik so umstrittene Problem, wie man als Objektivist die konkrete Gefährlichkeit einer Versuchshandlung feststellen könne, ist im englischen Recht ein geläufiger Argumentationstopos. So stellt *Ashworth* in seinem Lehrbuch zunächst – wie er sagt – einen *classical criminal attempt* vor in Gestalt des Falles, dass A in Tötungsabsicht auf B einen Schuss abgibt, der aber fehlerhaft, weil A nicht genau genug zielt. Vermutlich ist damit eine Konstellation gemeint, die das deutsche Strafrecht als „tauglichen Versuch“ bezeichnen würde.

Diesem Fall stellt *Ashworth* einen *impossible attempt* gegenüber, nämlich den Fall, dass der Täter – wieder in Tötungsabsicht – Zucker in das Getränk des Opfers schüttet, in der Annahme, es handle sich um Gift. Nach Ansicht der Objektivisten, erklärt *Ashworth*, müsse dieser letztere Fall straflos bleiben, da Zucker unschädlich sei und durch die Handlung also kein sozialer Schaden entstehe. Dem hält aber der Autor entgegen, es habe auch im ersten Fall – dem des fehlgegangenen Schusses – keine Gefahr bestanden, denn das Danebenschießen sei ebenfalls unschädlich (*because shooting and missing is innocuous*).<sup>62</sup>

Es ist offensichtlich, dass in dieser Betrachtung ebenso wie in der deutschen Diskussion das Problem eines *Maßstabs* für das Gefahrurteil die entscheidende Rolle spielt. Je mehr ein gedachter „objektiver Beobachter“ des Geschehens in den beiden Fällen weiß, umso größer wird der Bereich, den man „untauglichen Versuch“ nennen kann. Kennt ein gedachter Beobachter im Fall des Danebenschießens die Richtung des Laufs der Schusswaffe und die Position des Körpers des Opfers ganz genau, so wird dieser Beobachter im Zeitpunkt des Schusses zu dem Urteil gelangen, dass der Schuss das Opfer verfehlen wird, dass der Versuch also ebenso „unschädlich“ sei wie die Verabreichung von Zucker anstelle des Gifts: Für einen allwissenden Geist ist jeder Versuch, der nicht zur Vollendung gelangt ist, von vornherein untauglich gewesen.

### 4. Tendenzen zur Differenzierung innerhalb des untauglichen Versuchs

Die einflussreiche Monographie von *Duff* versucht hingegen, im objektiven Bereich zu differenzieren. *Duff* entwickelt für die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eine Lösung, die in gewisser Weise der deutschen Lehre vom Mangel am Tatbestand und der französischen der *infraction impossible* entspricht, andererseits aber auch diejenige Art von Versuchen von der Strafbarkeit ausschließt, die das deutsche Strafrecht „grob unverständlich“ nennt.

---

<sup>62</sup> *Ashworth*, Principles of Criminal Law, 5. Aufl. 2006, S. 454.

Dasjenige Kriterium, das nach Ansicht von *Duff* die Lösung für das Problem des untauglichen Versuchs ermöglicht, ist das Erfordernis, das Verhalten des Versuchstäters müsse „engage with the world“, um strafbar zu sein. Als Übersetzung für dieses Kriterium kommt vielleicht die Formulierung in Frage, das Verhalten des Täters müsse „wirklichkeitsbezogen“ sein. Seine eigene (negative) Definition des Begriffs „engage with the world“ lautet: „*Conduct fails to engage with the world, either if it is not directed towards a victim or object of a kind whose existence is required for commission of the offence, or if it would be obvious to any reasonable person that it could not result in the commission of the offence.*“<sup>63</sup>

Während der erste Teil dieser Beschreibung vermutlich den Fall straflos zu lassen erlaubt, daß jemand “erschossen” wird, der in Wahrheit schon tot ist, oder dass jemand Hehler zu sein glaubt, der eine Sache erwirbt, die in Wahrheit niemand zuvor durch eine Straftat gegen das Vermögen erlangt hat, umfasst ihr zweiter Teil außer den schon erwähnten grob unverständigen Versuchen auch die abergläubischen Versuche.<sup>64</sup> Als Begründung für diese Objektivierung im Bereich des Versuchs finden wir bei *Duff* das Argument, in den hier erwähnten Fällen fehle es an der *social volatility* (an der „sozialen Brisanz“).<sup>65</sup> Damit ist der Gedanke des in Deutschland verwendeten Begriffs des rechtzerschütternden Eindrucks und des in Frankreich zu findenden Abstellens auf den „*trouble social*“ auch im englischen Recht festzustellen.

## 5. Zusammenfassung des Diskussionsstands

Alles in allem bleibt für das englische Recht festzuhalten, dass auch hier – jedenfalls im *leading case Shipuri* – die Rechtsprechung den untauglichen Versuch nach subjektiven Kriterien für strafbar erklärt, während die Doktrin versucht, die Reichweite der Versuchsstrafbarkeit durch mehr oder weniger überzeugende objektive Kriterien einzuschränken.

## VIII. Italien: Der codice Rocco statuiert die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs

### 1. Die Gesetzeslage

In Italien ist die Lage dadurch gekennzeichnet, dass der *codice Rocco* in Art. 56 Abs. 1 durch die Definition des Versuchs den untauglichen Versuch von der Strafbarkeit ausdrücklich ausschließt:

<sup>63</sup> *Duff*, *Criminal Attempts*, 2004, S. 398.

<sup>64</sup> So *Duff* ausdrücklich, vgl. *Criminal Attempts*, 2004, S. 380.

<sup>65</sup> *Duff*, *Criminal Attempts*, 2004, S. 380 ff.

„Wer geeignete Handlungen ausführt, die in eindeutiger Weise auf die Begehung eines Verbrechens abzielen, ist für den Versuch des Verbrechens verantwortlich, wenn die Tat nicht zur Ausführung gelangt oder der Erfolg nicht eintritt.“<sup>66</sup>

Zusätzlich gibt es in Gestalt von Art. 49 Abs. 2 eine Vorschrift über das unmögliche Verbrechen (*reato impossibile*), das gleichfalls für straflos erklärt wird:

„Die Strafbarkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn infolge der Untauglichkeit der Handlung oder des Fehlens des Handlungsgegenstandes der schädigende oder gefährliche Erfolg unmöglich ist.“<sup>67</sup>

Aus der Sicht des deutschen Strafrechts würden *beide* Bestimmungen einfach als Ausprägungen derselben Figur, nämlich des untauglichen Versuchs, bezeichnet werden, während das italienische Strafrecht, wie man sieht, beide Fälle streng unterscheidet und auch in räumlicher Hinsicht an verschiedenen Stellen des *codice penale* regelt. Wie noch zu zeigen und wie auch nicht anders zu erwarten ist, ist für die italienische Doktrin das Zusammenspiel der beiden Figuren: untauglicher Versuch einerseits und unmögliches Verbrechen andererseits, aber dann doch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Aber auf jeden Fall ist für das italienische Strafrecht kennzeichnend, dass schon das *Gesetz* von der Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ausgeht und damit von der Möglichkeit, beide Formen des Versuchs begrifflich voneinander zu trennen.

Abgesehen von der Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ist für die italienische Versuchsregelung aber auch charakteristisch, dass sie den *Beginn* des Versuchs nicht mit einer Umschreibung festlegt, die dem französischen *commencement d'exécution*, dem deutschen unmittelbaren Ansetzen, dem englischen *more than preparatory* oder dem spanischen *principio a la ejecución* entsprechen würde. Der italienische Gesetzgeber des Jahres 1930 war vielmehr der Ansicht, dass das Versuchsstadium von der grundsätzlich straflosen Vorbereitungshandlung dadurch abzugrenzen sei, dass die Handlungen des Täters sich dem eigentlichen Handlungsziel in einer Weise nähern, dass sie dieses Ziel „in eindeutiger Weise“ erkennen lassen.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> „Chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a compiere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.“

<sup>67</sup> „La punibilità è altresì escluso, quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.“ – Die Worte „auch dann ausgeschlossen“ (altresì esclusa) beziehen sich auf Art. 49 Abs. 1, der das Wahndelikt für straflos erklärt.

<sup>68</sup> Anders noch das Vorgänger-Strafgesetzbuch, der *codice Zanardelli* 1889, der auf den cominciamento dell'esecuzione abstellte

## 2. Kriterien der Abgrenzung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch

Aber kehren wir zur Frage der Untauglichkeit des Versuchs zurück. Nach der Gesetzeslage kommt die Rechtsprechung in Italien nicht daran vorbei, für die Untauglichkeit eines Versuchs Kriterien zu entwickeln, und auch die Doktrin hat dazu immer wieder ausführlich Stellung genommen. Diese Diskussion ist in ihrer grundsätzlichen Relevanz nur zu verstehen, wenn man sich gleichzeitig klar macht, dass im italienischen Strafrecht das Prinzip der *offensività* als wichtiges Grundprinzip angesehen wird, und zwar als ein Grundprinzip, das den Gesetzgeber bei der Formulierung von Strafnormen bindet. Der *Inhalt* dieses Prinzips kann in aller Kürze dahingehend beschrieben werden, dass der Gesetzgeber nur ein solches Verhalten unter Strafe stellen darf, das ein Rechtsgut verletzt oder doch gefährdet: „*Il legislatore può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico.*“<sup>69</sup>

Daraus resultiert für die Versuchsstrafbarkeit das Postulat, es dürften nur Versuchshandlungen erfasst werden, die das Rechtsgut des jeweiligen Tatbestands in Gefahr bringen. Zusammen mit dem Erfordernis der „Eindeutigkeit“ der Richtung des Täterhandelns ergibt sich so eine Versuchsdefinition dahingehend, es müsse der Täter durch seine Handlung eine Gefahr für das jeweilige tatbestandliche Rechtsgut schaffen, und dabei müsse unzweideutig erkennbar sein, dass der Täter durch diese Handlung die Vollendung des jeweiligen Delikts anstrebe.

Da das Prinzip der *offensività* als Prinzip der Notwendigkeit einer *objektiven* Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts angesehen wird, ist auch die Tauglichkeit oder Untauglichkeit von Versuchen nach dem Kriterium der objektiven Gefährdung zu ermitteln: „*L'idoneità degli atti qualifica il tentativo come pericolosità in senso oggettivo, ovvero come attitudine offensiva nei confronti del bene tutelato.*“<sup>70</sup>

Es ist klar, dass mit dem Erfordernis der Tauglichkeit in Art. 56 des *codice Rocco* alle Schwierigkeiten verbunden sind, die im deutschen Strafrecht ebenfalls diskutiert wurden und diskutiert werden, und dabei natürlich in erster Linie die Schwierigkeit, den Begriff der Gefährdung zu bestimmen, dem das betreffende Rechtsgut ausgesetzt sein muss. Eine Entscheidung der *Corte di cassazione* möge dies illustrieren: Es handelte sich um den Fall eines Raubüberfalls auf einen Juwelier. Dieser hatte sich gegen einen der Räuber, der in das Geschäft eingedrungen war, im Wege der Notwehr durch einen Schuss zur Wehr gesetzt. Daraufhin schoss der vor den geschlossenen Türen des Geschäfts wartende Komplize von außen auf den durch

<sup>69</sup> „Der Gesetzgeber darf nur Taten unter Strafe stellen, die die Unversehrtheit eines Rechtsguts verletzen oder gefährden“: *Marinucci/Dolini*, Manuale di diritto penale, Parte generale, 2004, S. 6. Ausführlich zum Prinzip der *offensività* Catenacci, Stichwort „*offensività del reato*“, in: *Dizionario di diritto pubblico* (Hg. *Sabino Cassese*), Bd. 4, 2006, S. 3902 ff.

<sup>70</sup> „Die Tauglichkeit der Akte qualifiziert den Versuch als Gefährlichkeit im objektiven Sinne, das heißt als geeignet zur Verletzung des geschützten Rechtsguts“: *Mario Romano*, Commentario sistematico del codice penale I, 3. Aufl. 2004, Art. 56 Rn. 12.

die Glasfenster sichtbaren Juwelier. Die Schüsse durchdrangen das Panzerglas aber nicht, sondern hinterließen im Glas jeweils nur Schrammen.<sup>71</sup>

Die *Corte di cassazione* hat in diesem Fall einen strafbaren Tötungsversuch durch den von außen schießenden Räuber verneint, da es sich um einen untauglichen Versuch handle.<sup>72</sup> Was die Frage der Gefährlichkeit der abgegebenen Schüsse betrifft, so erklärt das Gericht bemerkenswerterweise, die Tauglichkeit oder Untauglichkeit müsse nach einem *Urteil ex post* ermittelt werden: Die Frage „erfordert in der Tat die Feststellung der Tauglichkeit der Handlung.....unter Heranziehung der objektiven Umstände des konkreten Falles gemäß einer Beurteilung, die nur ex post getroffen werden kann“.<sup>73</sup>

Demgegenüber steht die strafrechtliche Doktrin in Italien auf dem Standpunkt, die Tauglichkeit oder Untauglichkeit eines Versuchs sei im Wege einer nachträglichen Prognose („*prognosi postuma*“) festzustellen. Für die Anwendung dieses Maßstabs müsse sich der Beurteilende in die Lage des Versuchstäters zur Zeit der Tat zurückversetzen, und für das Gefahrurteil müsse man das Wissen eines durchschnittlichen Menschen („*uomo medio*“) zugrundelegen.<sup>74</sup>

Die Schwierigkeit dieses Maßstabs des durchschnittlichen Menschen wird aber wieder in den hierzu gebildeten Beispielen deutlich: Ein tauglicher und damit strafbarer Versuch soll vorliegen, wenn A den B mit Messerstichen zu töten versucht, B aber durch eine unter der Kleidung getragene und damit äußerlich nicht sichtbare Schutzweste geschützt ist. Untauglich und damit straflos sei aber ein Versuch der Tötung mit Messerstichen, wenn die Schutzweste sichtbar getragen werde. Und: Tauglich und damit strafbar sei der Versuch des Taschendiebstahls, wenn die als Beute gedachte Brieftasche vor dem Griff in die Tasche aus der Jacke gerutscht, also nicht vorhanden sei. Tauglich auch der Versuch des Giftmordes, wenn das ahnungsvolle Opfer vor der Verabreichung des Giftes schon ein wirksames Gegenmittel genommen habe.<sup>75</sup>

Es ist klar, dass bei der Lösung dieser Beispielfälle wieder alles davon abhängt, welches Wissen und welche Kenntnisse man dem durchschnittlichen Menschen zuschreibt, der die Gefährlichkeit der Täterhandlungen ex ante beurteilen soll. Im Falle des versuchten Giftmordes beispielsweise wäre zu fragen, ob und wie ein durchschnittlicher Mensch, von dem offenbar nichts anderes feststeht, als dass er durchschnittliches Wissen besitzt, zu der Kenntnis gelangen kann, dass das Opfer

---

<sup>71</sup> Urteil vom 15. Mai 1989, abgedruckt in Cass. Pen. 1991, I, S. 572.

<sup>72</sup> Das Gericht wandte Art. 49 Abs. 2 c. p. an, betonte aber, dass der Begriff der Tauglichkeit auch in Art. 56 c. p. nicht anders zu bestimmen sei.

<sup>73</sup> „Esso postula, invero, l'accertamento della idoneità dell'azione.....alla stregua delle circostanze obiettive del caso concreto, secondo un giudizio che non può non essere che ex post“: so das Gericht in Cass. Pen. 1991, I, S. 594.

<sup>74</sup> *Fiandaco/Musco*, Diritto penale, Parte generale, 3. Aufl. 1995, S. 414; umfassend zum Stand der heutigen Lehre und Rechtsprechung in Italien *Giacona*, Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato, 2000, insbes. S. 213; dazu die Rezension von *Mainwald*, ZStW 116 (2004), S. 209 ff.

<sup>75</sup> Beispiele bei *Mario Romano*, Commentario sistematico del codice penale I, 3. Aufl. 2004, Art. 56 Rn. 14.

vor der Verabreichung des Gifts bereits ein Gegenmittel genommen hat. Dass entsprechende Probleme auch bei dem weiteren Erfordernis von Art. 56 c. p. auftauchen, das Täterhandeln müsse „eindeutig“ auf die Tatbegehung gerichtet sein, liegt im übrigen auf der Hand. Was für den einen Durchschnittsmenschen eindeutig ist, braucht es für einen anderen keineswegs zu sein.

### 3. Das Sonderproblem des *reato impossibile*

Was nun das „unmögliche Verbrechen“ (*reato impossibile*) gem. Art. 49 Abs. 2 c. p. betrifft, so wird in Italien hervorgehoben, dass diese Figur durch die seinerzeit in Deutschland in der Lehre teilweise vertretene Theorie vom Mangel am Tatbestand beeinflusst sei.<sup>76</sup> Entsprechend dem oben wiedergegebenen Gesetzeswortlaut ist als Charakteristikum des *reato impossibile* vorausgesetzt, dass das Verbrechen entweder wegen der Ungeeignetheit der Handlung oder wegen des Nichtvorhandenseins des Handlungsobjekts „unmöglich“ zu vollenden sei. Hinsichtlich der ersten Alternative – Unmöglichkeit wegen Ungeeignetheit der Handlung – wird darum gestritten, ob diese nicht nur ein zweites Mal wiedergebe, was bereits in Art. 56 c. p. enthalten ist, und dass sie damit überflüssig sei; das soll hier nicht näher ausgeführt werden.<sup>77</sup>

Für die zweite Alternative – das Nichtvorhandensein des Tatobjekts – wird andererseits betont, dass diese *absolut* zu sehen sei, so dass hier ex post geurteilt werden müsse. Daher sei ein unmögliches Verbrechen beispielsweise gegeben, wenn der Täter mit Tötungsvorsatz auf eine im Bett liegende Person schieße, die bereits tot sei, nicht aber dann, wenn die im Bett liegende Person sich vor dem Schuss in ein anderes Zimmer begeben habe und noch lebe, so dass der Täter in der Dunkelheit den Schuss in ein leeres Bett abgebe.<sup>78</sup>

Hinzuzufügen ist, dass der *codice Rocco* für den Täter eines *reato impossibile* zwar Strafflosigkeit vorsieht, jedoch ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, gegen ihn eine Maßregel der Sicherung (*misura di sicurezza*) zu verhängen.<sup>79</sup> Eine solche Maßregel setzt die Sozialgefährlichkeit des Täters voraus, der in concreto aber einen ungefährlchen Versuch begangen hat. Sie erhält also ihren Sinn nicht aus den objektiven Umständen der konkreten Tat, sondern aus der Persönlichkeitsstruktur des Täters, der sich per definitionem nicht strafbar gemacht hat, so dass diese mögliche Rechtsfolge des *reato impossibile* als Kompromiß zwischen den objektiven und den subjektiven Versuchstheorien angesehen wird.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Vgl. Mario Romano, Commentario sistematico del codice penale I, 3. Aufl. 2004, Art. 49 Rn. 16 und 17 („sulla linea di tale teoria“).

<sup>77</sup> Darstellung des Streitstands z. B. bei Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, 8. Aufl. 2003, S. 421 ff.; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte generale, 3. Aufl. 1995, S. 430 ff.

<sup>78</sup> Mario Romano, Commentario sistematico del codice penale I, 3. Aufl. 2004, Art. 49 Rn. 29 ff.; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, 8. Aufl. 2003, S. 424.

<sup>79</sup> Art. 49 letzter Absatz c. p.

<sup>80</sup> Mario Romano, Commentario sistematico del codice penale I, 3. Aufl. 2004, Art. 49 Rn. 35 („questa conseguenza deriva da una mediazione di compromesso fra teorie oggettive e teorie soggettive in tema di tentativo“).

#### 4. Ergebnis: Objektivismus in der Versuchslehre

Das Ergebnis dieser Betrachtung der italienischen Versuchsregelung ist nach alledem, dass bereits die Formulierung des Gesetzes die Unterscheidung zwischen der Tauglichkeit oder Untauglichkeit erforderlich macht, da Art. 56 des *codice Rocco* die Tauglichkeit des Versuchs zur Voraussetzung seiner Strafbarkeit macht. Hinzu kommt, dass die in Art. 49 c. p. umschriebene Figur des straflosen *reato impossibile* ebenfalls Fälle zu erfassen bestimmt ist, die nach der im deutschen Strafrecht verwendeten Terminologie der Kategorie des untauglichen Versuchs zuzuordnen sind.

Diese letztere Figur wird in einer gewissen Nähe zur ehemals in Deutschland vertretenen Lehre vom Mangel am Tatbestand gesehen und findet ihre Entsprechung in der französischen Lehre von der *infraction impossible*. Generell ist für das italienische Strafrecht kennzeichnend, dass wegen des ihm zugrunde liegenden Prinzips der *offensività* eine objektive Gefährlichkeit der Versuchshandlung für das tatbestandliche Rechtsgut als notwendig angesehen wird. Ein Subjektivismus, der auch untaugliche Versuche für strafbar erklärt, wird ausdrücklich abgelehnt. Dass die vom *codice Rocco* geforderte Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch nach einem Maßstab der objektiven Gefährdung Rechtsprechung und Lehre in kaum überwindliche Schwierigkeiten führt, wurde anhand von Beispielen gezeigt.

### IX. Tendenzen zur Objektivierung in Spanien

#### 1. Unklare Gesetzeslage

Das spanische Strafgesetzbuch des Jahres 1995 enthält in Art. 16.1 eine Bestimmung über die Strafbarkeit des Versuchs:

„Versuch liegt vor, wenn jemand mit dem Anfang der Ausführung beginnt, mit äußeren Handlungen, die einen unmittelbaren Anfang der Ausführung der Straftat darstellen, und so vollständig oder teilweise Akte vornimmt, die objektiv den Erfolg herbeiführen sollen, dieser jedoch nicht eintritt aus Gründen, die vom Willen des Handelnden unabhängig sind.“<sup>81</sup>

In dieser Bestimmung wird, anders als in der italienischen Regelung, wieder zurückgegriffen auf das Kriterium des Anfangs der Ausführung der Straftat. Jedoch wird dieses Kriterium, wie man sieht, kombiniert mit dem Erfordernis der Vornah-

---

<sup>81</sup> „Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas de la voluntad independientes del autor. »

me von Handlungen, die *objektiv* den Erfolg herbeiführen „sollen“. Was nun dieses Merkmal „objektiv“ im Zusammenhang mit dem subjektiven „Sollen“ genau bedeutet, ist aber in der Formulierung des Gesetzes unklar.

## 2. Auslegung des Merkmals „objektiv“ durch die Doktrin

Das Erfordernis der Objektivität wird in der spanischen Doktrin teilweise als Formulierung des Umstands bezeichnet, dass untaugliche Versuche und auch Figuren wie das unmögliche Verbrechen straflos zu bleiben haben. Denn da die Frage, ob eine Handlung objektiv auf einen Deliktserfolg gerichtet ist, eine Beurteilung *ex ante* durch einen externen objektiven Beobachter voraussetze und dieser Beobachter beim untauglichen Versuch gerade zu der Beurteilung gelange, der Deliktserfolg werde nicht eintreten, schließe das Erfordernis der objektiven Richtung des Täterhandelns beim untauglichen Versuch die Strafbarkeit aus.<sup>82</sup> Es ist klar, dass auf diese Weise wieder einmal das bekannte Problem der Abgrenzung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch präsentiert wird.

Andererseits ist in der spanischen Doktrin umstritten, ob die Bezugnahme auf die objektive Richtung der Versuchshandlung im Gesetz bedeute, dass *alle* untauglichen Versuche straflos bleiben müssten, oder ob nur die sogenannten absolut untauglichen Versuche gemeint seien. Die wohl herrschende Lehre in Spanien nimmt letzteres an, schließt also nur die absolut untauglichen (einschließlich der irrealen) Versuche von der Versuchsstrafbarkeit aus.<sup>83</sup> Damit ist gemeint, dass nur eine Versuchshandlung, die wenigstens allgemein geeignet ist, das Rechtsgut zu verletzen<sup>84</sup>, im Bereich der Strafbarkeit verbleibt, auch wenn sie letzten Endes als untauglich zur Herbeiführung des konkreten Erfolges bezeichnet werden muss.

Als Beispiel für die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch werden die Fälle genannt, dass der Täter einen Giftmordversuch mit einem gänzlich unschädlichem Mittel vornimmt – das sei ein absolut untauglicher Versuch – oder mit einer unzureichenden Dosis von Gift – dieser Versuch sei nur relativ untauglich.<sup>85</sup>

Es braucht hier nicht erneut besonders darauf hingewiesen zu werden, dass die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichen Versuchen zu erheblichen Schwierigkeiten führt – wie die beiden Beispiele auch deutlich machen. Man kann zur Illustration auch ein drittes Beispiel hinzunehmen: Wie steht es, wenn der Täter des versuchten Giftmords eine „eigentlich tödliche“ Dosis Gift einem Opfer verabreicht, das zuvor ahnungsvoll ein Gegenmittel genommen hat? Han-

<sup>82</sup> *Quintero Olivares*, Parte General del Derecho Penal, 2005, S. 589; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, 5. Aufl. 1999, S. 728.

<sup>83</sup> So *Quintero Olivares*, Parte General del Derecho Penal, 2005, S. 591; *Jiménez Díaz* in: *Commentarios al Código Penal I*, 1991, Art. 16 Nr. 4.

<sup>84</sup> „...aquellos supuestos en los que la conducta es generalmente adecuada para lesionar el bien jurídico...“: *Jiménez Díaz* in: *Commentarios al Código Penal I*, 1991, Art. 16 Nr. 4.

<sup>85</sup> *Jiménez Díaz* in: *Commentarios al Código Penal*, 2005, Art. 16 Nr. 4.



delt es sich um einen absolut untauglichen Versuch, weil „abstrakt“ das Gift bei allen Personen, die das Gegenmittel genommen haben, unschädlich ist? Oder bedeutet „abstrakt“, dass nur der Umstand, dass überhaupt Gift in normalerweise tödlicher Dosis verwendet wurde, für die Beurteilung der Gefährlichkeit herangezogen werden darf, so dass der Versuch nur relativ untauglich ist? Und wie steht es mit dem Griff des Taschendiebs in die Tasche des Opfers, die aber leer ist?

Es wird aber vereinzelt auch die Meinung vertreten, der Text des Código Penal 1995 führe zur Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs. Die Formulierung im Gesetz „actos que objetivamente deberían producir el resultado“ ändere nichts an diesem Ergebnis. Nur die Strafbarkeit des irrealen Versuchs sei damit ausgeschlossen.<sup>86</sup>

### 3. Der Standpunkt der Rechtsprechung

Wie dem auch sei – die Rechtsprechung legt in Spanien für die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch zugrunde und sieht neben dem tauglichen nur den relativ untauglichen Versuch als strafbar an. Das Lehrbuch von *Quintero Olivares* referiert eine Entscheidung des *Tribunal Supremo*, in der in der Tat die Strafbarkeit der Versuchshandlungen von der Beurteilung abhängig gemacht wird, ob sie ex ante „y desde una perspectiva general son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)“<sup>87</sup>.

Die Uneinheitlichkeit bei der Beurteilung der Strafbarkeit oder aber Strafflosigkeit der verschiedenen Formen des Versuchs springt besonders ins Auge bei der Auflistung der Lösungen von Fällen durch die verschiedenen Autoren, die *Belestá Segura* in seinem Internet-Artikel zusammengestellt hat. Beispielsweise wird der Schuss mit einer ungeladenen Pistole dort von vier Autoren als strafbar, von einem Autor als straflos angesehen, wobei ein Teil der Autoren, die für die Strafbarkeit plädieren, das Geschehen als tauglichen Versuch ansehen, ein anderer Teil aber als untauglichen Versuch, der aber gleichwohl strafbar sei.

Im Falle des in Tötungsabsicht abgegebenen Schusses auf einen Menschen, der schon tot ist, wird ebenfalls von vier Autoren Strafbarkeit angenommen, und ebenfalls ein Autor sieht den Fall als straflos an. Auch hier beruht die Annahme von Strafbarkeit teilweise darauf, dass von einem tauglichen Versuch ausgegangen wird,

---

<sup>86</sup> *Silva Sanchez* in: El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales, 1997, S. 132; *Mir Puig*, Derecho Penal, Parte General, 7. Aufl. 2006, S. 347; ders., Roxin-FS, 2001, S. 741. Allerdings ist der Standpunkt von *Mir Puig* durch die Art und Weise bestimmt, wie er den untauglichen Versuch definiert.

<sup>87</sup> „...und aus einer generellen Perspektive abstrakt und rational geeignet sind, den tatbestandlichen Erfolg (Verletzung oder Gefährdung) herbeizuführen“: zitiert bei *Quintero Olivares*, Parte General de Derecho Penal, 2005, S. 591.

und teilweise auf der Annahme, dass zwar ein untauglicher Versuch gegeben sei, das Gesetz aber trotzdem zu dessen Bestrafung führe.<sup>88</sup>

Wie man sieht, ist die Situation im spanischen Strafrecht, was die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs angeht, nicht sehr übersichtlich. Doch soll festgehalten werden, dass der Gesetzgeber des Jahres 1995 durch das Wort „objetivamente“ jedenfalls zu erkennen gegeben hat, dass er eine strenge Subjektivierung der Versuchsstrafbarkeit ausschließt – wenn auch ein (kleiner) Teil der spanischen Lehre dies nur in der Weise versteht, dass lediglich irrealer Versuche straflos zu bleiben hätten. Die Rechtsprechung verfolgt in Spanien die Tendenz, zwischen absolut und relativ untauglichen Versuchen zu unterscheiden und nur die absolut untauglichen Versuche für straflos zu erklären.<sup>89</sup> Dass auch diese Unterscheidungsstrategie zu nicht geringen Schwierigkeiten führt, wurde oben schon hervorgehoben.

## X. Endergebnis und Ausblick

Überblickt man die gesetzlichen Regelungen, Entscheidungen und Lehrmeinungen in den hier exemplarisch behandelten europäischen Ländern, so kann man feststellen, dass die Einteilung der Versuchsformen in taugliche und untaugliche Versuche der Sache nach überall wiederkehrt. Während dann in Deutschland als gesetzliche Sonderform des untauglichen Versuchs der grob unverständige Versuch anzutreffen ist, tritt in Frankreich und Italien das „unmögliche Verbrechen“ begrifflich hinzu, das nach den Kategorien der deutschen Strafrechtsdogmatik ebenfalls als Sonderform des untauglichen Versuchs angesehen würde. In Spanien wiederum spielt die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch eine nicht unerhebliche Rolle.

Was die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs betrifft, so ist sie nur in Italien ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen. In Deutschland und England dagegen sieht die Fassung des Gesetzes seine Strafbarkeit mehr oder weniger ausdrücklich vor. In Frankreich lässt die Gesetzesfassung die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs offen, während Spanien durch das Gesetz jedenfalls eine reine Subjektivierung der Versuchsstrafbarkeit ausschließt.

Wann ein Versuch als tauglich oder aber untauglich zu bezeichnen ist, ist für alle untersuchten Rechtsordnungen eine ungelöste Frage, da keine rational einsichtigen Kriterien für eine solche Abgrenzung genannt werden. Allerdings ist eine solche Abgrenzung für das deutsche und das englische Strafrecht nicht erforderlich, wenn auch dann für Deutschland für Extremfälle die grobe Unverständigkeit eines untauglichen Versuchs eine Rolle spielt und für England die Frage offen bleibt, ob nicht trotz des Wortlauts des *Criminal Attempts Act* 1981 ebenfalls Ex-

<sup>88</sup> Der Artikel von *Belestá Segura* ist mit 1999 datiert und im Internet zu finden unter <http://noticias.juridicas.com> („La tentativa inidonea en el Código Penal de 1995“).

<sup>89</sup> Vgl. außer der im Text wiedergegebenen Entscheidung noch die Zusammenstellung bei *Belestá Segura* <http://noticias.juridicas.com>.

tremfälle der Untauglichkeit – mindestens der irrealer Versuch – straflos bleiben sollen.

In aller Schärfe stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen aber mit allen ihren Schwierigkeiten für das italienische Strafrecht, da der *codice Rocco* sie voraussetzt. In Frankreich und Spanien ist der Gesetzeswortlaut zwar insofern neutral, doch bleiben Rechtsprechung und Lehre dadurch ebenfalls aufgerufen, sich über die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Versuch zu äußern – und damit auch zu der in diesen Ländern diskutierten Frage, ob und inwieweit der untaugliche Versuch zu bestrafen ist.

Festzuhalten ist, dass in allen untersuchten Ländern die Argumente, die zur Frage der Strafbarkeit oder Strafflosigkeit des untauglichen Versuchs vorzufinden sind, in der Regel in ihrer Essenz gleich sind. Sei es die rechtliche Unmöglichkeit, die in der deutschen Lehre vom Mangel am Tatbestand ihre Entsprechung findet, sei es der *trouble social*, der im deutschen rechtserschütternden Eindruck wiederkehrt – dieselben Argumente werden in diesem europäischen Argumentationsfundus überall verwendet. Erstaunen erweckt dabei freilich, dass die Argumente gelegentlich so verwendet werden, als habe noch niemand sonst sie je in die Debatte geworfen, während ein Blick in ein strafrechtliches Lehrbuch oder eine einschlägige Monographie eines Nachbarlandes zeigen würde, dass damit nichts Neues gesagt wird.

Dieser letztere Befund sollte ganz allgemein ein Anreiz sein, aus der Vereinzelung der nationalen Strafrechtsdogmatik herauszutreten und Argumente auch über die Landesgrenzen hinweg stärker auszutauschen. Will man für die hier untersuchte Frage der Versuchsstrafbarkeit einen „europäischen Trend“ ausmachen, so kann man für die Rechtsprechung dieser Länder konstatieren, dass sie im Grundsatz einer subjektivistischen Linie folgt, mit Ausnahme von Italien, das nach der Gesetzeslage und nach dem zugrundegelegten Prinzip der *offensività* den untauglichen Versuch straflos lässt. Die subjektivistische Linie der Rechtsprechung wird aber in Deutschland durch die Regelung über den grob unverständigen Versuch ein wenig relativiert, in Spanien durch die Annahme der Rechtsprechung, der absolut untaugliche Versuch sei straflos.

Der Trend der Lehre geht in den untersuchten Ländern dahin, jedenfalls einen reinen Subjektivismus in der Versuchsbestrafung zu vermeiden. Auch hierbei spielt Italien wieder eine Sonderrolle, da die Lehre in Italien die durch den *codice Rocco* vorgesehene Strafflosigkeit des untauglichen Versuchs und das Prinzip der *offensività* nicht in Frage stellt und von vornherein die subjektivistischen Versuchstheorien ablehnt. In den übrigen Ländern findet man eine beträchtliche Meinungsvielfalt im Hinblick darauf vor, wie die Abmilderung des Subjektivismus zu erfolgen hat.

Sollt es in Zukunft zu einer Europäisierung des Strafrechts kommen, so dürfte es demgemäß – wie sollte es auch anders sein – bei der Versuchsstrafbarkeit zu einer mittleren Linie zwischen Subjektivismus und Objektivismus kommen. Da, wie es scheint, kriminalpolitische Notwendigkeiten einen reinen Objektivismus nicht zulassen und ein reiner Subjektivismus seine Nähe zum allgemein abgelehnt

ten Willensstrafrecht nicht abstreifen kann, ist es nicht abwegig anzunehmen, dass eine Vereinheitlichung in eine Kompromissformel einmünden würde, von der nur zu hoffen wäre, dass sie nicht allzu unbestimmt ausfällt. Ob eine solche Kompromissformel nach dem Muster des deutschen StGB lediglich die grob unverständigen (und die irrealen) Versuche von der obligatorischen Versuchsstrafbarkeit ausnimmt oder weitergeht – das ist eine offene Frage.

Mit diesem ins Ungewisse gerichteten Ausblick sei dieser Beitrag abgeschlossen, der meinem Fakultätskollegen *Fritz Loos* in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet ist. Ich hoffe, dass er diese Zeilen nicht als lediglich untauglichen Versuch betrachten möge, einige rechtsvergleichende Aspekte für die Frage der Versuchsstrafbarkeit fruchtbar zu machen.

# Kritik des funktionalen Strafrechts

*Uwe Murmann*

Ich möchte in einem ersten Teil den Gegenstand meines Vortrags<sup>1</sup>, das funktionale Strafrecht, begrifflich umreißen. Diese Bestimmung wird in Abgrenzung zu einer abweichenden Konzeption entwickelt und geht damit direkt in die kritische Auseinandersetzung über. Im zweiten Teil sollen exemplarisch Regelungsbereiche aufgezeigt werden, in denen sich funktionales Strafrechtsdenken etabliert hat oder zu etablieren droht, womit dann für den dritten Teil noch einige zusammenfassende Überlegungen zur Bewertung der gewonnenen Erkenntnisse bleiben.

## I.

Mein Thema könnte den unbefangenen Zuhörer auf den ersten Blick irritieren. Denn er mag fragen, worin das Problematische eines „funktionalen Strafrechts“ liegen könnte. Was kann Strafrecht eigentlich anderes sein als funktional?

Diese Irritation ist berechtigt. Strafrecht ist – wie alles Recht – selbstverständlich funktional, ist nicht Selbstzweck oder letzter Zweck oder gar zwecklos. Wenn also mit der Rede von einem funktionalen Strafrecht ein Problem angesprochen ist, dann deshalb, weil über den Zweck, auf den hin das Strafrecht funktional ausgerichtet ist, keine Einigkeit besteht. Spitz formuliert: Es geht darum, ob das Straf-

---

<sup>1</sup> Es handelt sich um die überarbeitete Fassung meiner Antrittsvorlesung, die ich am 9. Januar 2009 an der Georg-August-Universität Göttingen gehalten habe. Die Widmung gerade dieses Textes bringt vielleicht am besten die Hochachtung vor dem *Jubilar* zum Ausdruck, dessen Lehrstuhlnachfolge ich antreten durfte. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

recht dem Menschen als einzigen Zweck an sich selbst zu dienen bestimmt ist oder ob es im Strafrecht um die Verfolgung überindividueller, von Gesellschaft und Staat definierter Interessen, vor allem um den Selbsterhalt der jeweiligen Ordnung<sup>2</sup>, geht<sup>3</sup> und Strafrecht so zu einem Instrument der – jeweils gerade verfolgten – Kriminalpolitik wird. Nur ein Strafrecht im letztgenannten Sinn wird üblicherweise als funktional bezeichnet<sup>4</sup>.

Umgekehrt kann man das Modell eines Strafrechts, das von der Person seinen Ausgang nimmt und in der Person auch seinen Zweck sieht, als absolut apostrophieren<sup>5</sup>. Diese Bezeichnung hat sich insbesondere für die diesem Modell zugehörige Straftheorie eingebürgert. Die Qualifizierung als „absolut“ ist insofern treffend, als das Strafrecht nach diesem Konzept nicht in den Bedürfnissen der anderen und im Interesse am Erhalt einer bestimmten Ordnung seine Legitimationsgrundlage findet. Damit ist der Einsatz des Strafrechts aber nicht allein rückwärtsgerichtete, zweckfreie Reaktion auf die Straftat<sup>6</sup> – auch wenn dieses Bild von den Kritikern der absoluten Straftheorie immer wieder gern gezeichnet und sodann als Grundlage von Angriffen auf die so entstandene Karikatur genutzt wird<sup>7</sup>. Gemeint ist ein Strafrecht, das der Gerechtigkeit (*Kant*) oder der Wiederherstellung des verletzten Rechts (*Hegel*) dient. Nur bleibt dieser Zweck dem Täter nicht äußerlich. Der Täter selbst ist nämlich als durch Freiheit charakterisierte Person nicht etwa Opfer einer ihm fremden, strafenden Gewalt, sondern er trägt die Legitimation des von ihm erfüllten Straftatbestandes wie auch der gegen ihn verhängten Strafe mit, hat sich die Strafe selbst zuzuschreiben<sup>8</sup>. Und zwar nicht nur im Sinne eines formellen Ableitungszusammenhangs, wie ihn staatliche Gewalt in einem demokratisch organisierten Gemeinwesen bedarf, sondern in einem materiellen Sinne. Ausgehend von dem Anspruch, die Freiheit der Bürger zu einem Ausgleich zu bringen, bei dem jeder Kraft seiner Personqualität als Gleicher und mithin als Urheber des Rechts begriffen werden kann, ist rechtlich ein Zustand der Gesellschaft nur dann,

<sup>2</sup> *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 844 ff.

<sup>3</sup> Allgemein zu diesem Gegensatz v.d. *Pfordten*, JZ 2005, 1069 f.

<sup>4</sup> Zusammenfassend etwa *Hassemer/Neumann*, in: NK, 2. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 342 ff.

<sup>5</sup> *M. Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986; *ders.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1997 S. 37 ff.; *Zaczyk*, in: Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Zum Strafrecht, 1998, S. 8 f.

<sup>6</sup> *Frisch*, in: BGH-FG aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 278 f.; v. *Freier*, Zur Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 117; *M. Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 9 f., 14; *ders.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1997, S. 43; *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 788.

<sup>7</sup> Z.B. *Freund*, GA 1995, 5; *Hoerster*, GA 1970, 272; *Schmidhäuser*, in: FS für E.A. Wolff, 1998, S. 451 f. Zutreffend dagegen *M. Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 9 ff.; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 12 f.

<sup>8</sup> Vgl. – auch im Folgenden – *E.A. Wolff*, Die Abgrenzung des Kriminalunrechts von anderen Unrechtsformen, in: *Hassemer* (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 162 ff.; *ders.*, ZStW 97 (1985), 806 ff.; *ders.*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 57 ff.; *Kablo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 269 ff.; *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 349 ff.; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 128 ff.; *Frisch*, in: BGH-FG aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 278 f.; v. *Freier*, Zur Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 116 ff.; vgl. auch *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 198.

wenn sie nach dem Prinzip der Gerechtigkeit organisiert ist<sup>9</sup>. Recht zeichnet sich gegenüber Gewalt also durch diese materielle Qualität aus, nicht schon durch seine Leistungsfähigkeit für den Erhalt (irgendeiner) Ordnung.

Wenn im Weiteren von einem funktionalen Strafrecht die Rede ist, dann ist dieses gerade durch eine Aufhebung des inneren Zusammenhangs von Recht und Person gekennzeichnet<sup>10</sup>. Die Zwecksetzung bleibt dem Einzelnen äußerlich. Das Strafrecht nimmt den Bürger nur als Quelle von Gefahren für eine zu schützende Ordnung wahr. Damit ist freilich weder über die konkrete Gestalt dieser Ordnung noch über die Art und Weise, in der das Strafrecht seine Aufgabe leistet, entschieden. Über die erstgenannte Frage (nämlich die nach der Gestalt der Ordnung) *kann* ein funktionales Strafrecht keine Aussagen machen; die letztgenannte Frage (nämlich die nach der Leistungsfähigkeit des Strafrechts) ist Gegenstand der Diskussion über die präventive Wirkung der Strafe.

Die Kluft, die zwischen den skizzierten Modellen besteht, ist kaum zu überschätzen. Hinter den Modellen stehen unterschiedliche „Bilder“<sup>11</sup> vom Menschen. Werden Grund und Ziel von Strafe in der Person – auch der des Täters – erblickt, dann sind damit umfangreiche Vorab-Annahmen über die Qualität dieser Person impliziert. Der Mensch wird im eigentlichen Sinn als „Rechtsperson“ begriffen, die nicht nur fremden Regeln Gehorsam zu leisten verpflichtet ist, sondern auch in einem positiven Begründungszusammenhang zu diesen Regeln steht. Der Täter verletzt auch „sein“, nämlich das durch ihn als Vernunftperson mitgetragene Recht. Und er kann dieses Recht nur deshalb verletzen, weil er es mit konstituiert<sup>12</sup>.

Das damit angesprochene Freiheitsverständnis, das den Menschen nicht nur zum Gehorsam gegenüber der Norm, sondern zur sinnhaften Orientierung an der Norm fähig sieht, hat auch der BGH thematisiert, wenn er in seiner grundlegenden Entscheidung zum Schuldbegriff ausführte: „Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden“<sup>13</sup>. Die Entscheidungsfähigkeit ist damit nicht reduziert auf das Vermögen, dem Unangenehmen – der Strafe – auszuweichen und das Angenehme – nämlich das rechtstreue und damit straffreie Verhalten – zu wählen, sondern sie liegt in

---

<sup>9</sup> Zum Begriff der Gerechtigkeit *Loos/Schreiber/Welzel*, in: Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 3, 1974, S. 336 f.

<sup>10</sup> Dass sich auch ein funktionales Recht im Einzelfall auf das freie Subjekt berufen *kann* (vgl. *Jakobs*, *ZStW* 107 [1995], 850) verschlägt nichts, denn damit wird der originäre Zusammenhang von freier Person und Recht gerade negiert (gegen diesen Einwand freilich *Jakobs*, a.a.O.).

<sup>11</sup> Zur Problematik und zur Berechtigung von „Menschenbildern“ vgl. *Murmann*, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 217 f.

<sup>12</sup> Siehe schon oben Fn. 7.

<sup>13</sup> BGHSt (GS) 2, 194, 200; aus seiner neueren Rechtsprechung etwa BGH, *NStZ* 2004, 332; entsprechend das BVerfG (E 20, 323, 331; 95, 96, 130 f.; *NJW* 2009, 2267, 2289); vgl. *Theune*, *ZStW* 114 (2002), 301 f. (dort, 300 ff., auch zu Entscheidungen des BGH, bei denen die Schuld mit einem generalpräventiven Einschlag interpretiert wird).

dem Vermögen, sich nach Gründen, die in der Rechtlichkeit selbst liegen, für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden<sup>14</sup>.

Es verdient in diesem Zusammenhang durchaus auch heute noch Beachtung, dass die grundlegende Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1952 noch wesentlich aus den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus – Antiindividualismus, gemeinschaftsbezogenes Denken, Funktionalisierung des Menschen<sup>15</sup> – verstanden werden muss<sup>16</sup>. Die Fähigkeit zur Orientierung an einem Recht jenseits der positiven Gesetze und die Verpflichtung auf ein solches Recht hin lassen sich ohne das Angelegtsein auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung“ nicht erklären<sup>17</sup>.

Die Begründungslasten für ein solches Menschenbild sind beträchtlich. Einem „Beweis“, wie ihn die Naturwissenschaften fordern würden, ist die Freiheit nicht zugänglich. Das folgt schon daraus, dass Freiheit im Bemühen um Erkenntnis immer schon wirksam ist, sie sich also gleichsam selbst bei der Tat ertappen müsste<sup>18</sup>.

Wenn heute manche Vertreter der modernen Hirnforschung<sup>19</sup> die vollständige Determination psychischer Vorgänge behaupten, dann ist der Beitrag ihres eigenen Gehirns für die Feststellung dieses Ergebnisses folglich notwendig nur begrenzt thematisiert<sup>20</sup>. Schon der Umstand, dass die Hirnforscher mit einem Anspruch auf Wahrheit der von ihnen behaupteten Erkenntnisse auftreten, lässt sich nicht mit

<sup>14</sup> Was freilich nicht heißt, dass die Rechtlichkeit als Motivation des Täters ausschlaggebend ist für die Rechtlichkeit seines Verhaltens (dazu *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 193 ff.). Ein Verhalten ist auch dann rechtmäßig, wenn der Handelnde sich nur deshalb gemäß dem Gesetz entscheidet, weil er die Strafe vermeiden will. – Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit rechtsgutsbezogene Motive für das Gewicht einer Rechtsverletzung (vgl. die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe) oder deren Vorliegen eine Rolle spielen; dazu *Murmann*, in: FS für Herzberg, 2008, S. 129 ff.

<sup>15</sup> Dazu eingehend *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 126 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225; *Loos*, Grenzen und Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 266. Unter enger Bezugnahme auf die Erfahrungen aus der NS-Zeit sieht *Badura*, JZ 1964, 337 ff. die Generalprävention als mit der Würde des Menschen unvereinbar an.

<sup>17</sup> Vgl. zur Aufarbeitung des NS-Unrechts BGHSt 2, 173, 177; 234, 239; 3, 357, 362 f. und zu den Taten an der innerdeutschen Grenze BGHSt 39, 1, 15 ff.; 168, 188 f.; BVerfGE 95, 96, 133 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 170 f. Daraus folgt dann auch, dass ein nach den Methoden der Hirnforschung gewonnenes Verdikt über das Bestehen von Freiheit nur die Freiheitlichkeit neuronaler Vorgänge zum Gegenstand haben kann; vgl. *Hassemer*, ZStW 121 (2009), 846 ff.

<sup>19</sup> Wenn im Folgenden der Einfachheit halber von „den Hirnforschern“ die Rede ist, so ist nur diese Gruppe gemeint; zusammenfassend dazu *Duttge*, in: ders. (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, S. 19 ff. Dagegen kommt *Libet*, in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, S. 124 f. zu dem Ergebnis, „dass die Existenz eines freien Willens eine genauso gute, wenn nicht bessere wissenschaftliche Option ist als ihre Leugnung durch die deterministische Theorie“; ähnlich *Grothe*, in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, S. 35 ff., der zudem seine Kollegen zur Seriosität ermahnt.

<sup>20</sup> Vgl. die eingehende Untersuchung von *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, die das Thema dezidiert unter Berücksichtigung der modernen Hirnforschung behandelt – und die Kritik hieran von *Zaczyk*, GA 2009, 370 ff. (zum im Text angesprochenen Punkt S. 372).



der Annahme in Einklang bringen, ihre Aussagen seien lediglich das Produkt ihrer eigenen natürlichen Verfasstheit und gewisser Umweltbedingungen<sup>21</sup>.

Durchgängige Determiniertheit würde menschliches Verhalten jeder Bewertung als „gut“ oder „böse“, „gerecht“ oder „ungerecht“ entziehen<sup>22</sup>. Was bleibt, wäre die Natur und deren Gesetz, also das wertfreie Sein<sup>23</sup>. Die Hirnforscher bestreiten freilich nicht die im allgemeinen Bewusstsein tief verankerte Vorstellung von Freiheit und persönlicher Verantwortung für Fehlverhalten (wie auch für Verdienst)<sup>24</sup>. Aber damit erliege der Mensch einer Selbsttäuschung. Diese Selbsttäuschung soll eine darwinistische Erklärung finden<sup>25</sup>: Die Ausrichtung auf ideale Ziele verbunden mit der Annahme von Freiheit und Verantwortung sei nämlich in komplexen Zusammenhängen ein evolutionärer Vorteil. Verantwortung ist so gesehen ein Trick der Natur, den Verlust an Instinktgeleitetheit auszugleichen und auf andere Weise Orientierungssicherheit zu ermöglichen. Damit bewegt sich dieser Ansatz sogar jenseits des Funktionalismus. Denn die dem Recht von seinen Akteuren unterlegten Wertentscheidungen haben ihren Bestand lediglich dem Zufall zu verdanken, dass sie sich im Kampf ums Überleben als vorteilhaft erwiesen haben. Recht ist nichts anderes als ein Bereich naturhaften, den Umgang von Individuen miteinander regelnden Seins. Es unterscheidet sich zwar in seiner äußeren Erscheinung, nicht aber in seiner Qualität als Form der Daseinsbewältigung von Gewalt. Recht scheint sich lediglich – jedenfalls für den Augenblick – als evolutionärer Vorteil gegenüber roher Gewalt zu erweisen. Aber eine sittliche Überlegenheit gegenüber Gewalt liegt darin nicht; in solchen Kategorien kann Natur (nämlich der Mensch) über Natur (nämlich die ihn umgebende Welt) nicht einmal begründet denken.

An dieser Stelle bietet sich ein Blick auf die Anfänge des modernen Strafrechtsverständnisses auf deterministischer Grundlage an. Denn es liegt auf der Hand, dass die von der Hirnforschung vorgetragenen Ergebnisse zwar im Detail neu sind, aber letztlich nur eine durch neuere Experimente behauptete Bestätigung der von Deterministen schon seit jeher vertretenen vollständigen Eingebundenheit

---

<sup>21</sup> Vgl. *Braun*, JZ 2004, 611 f.; *Rath*, ZRph 2004, 164 f.

<sup>22</sup> Warum dennoch bestimmte Regelungen, wie z.B. das Tötungsverbot, „unabweisbar“ sein sollen (so *G. Merkel/Roth*, in: Grün/Friedmann/Roth [Hrsg.], *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, S. 77) ist dann auf den ersten Blick nicht einzusehen. Verständlich wird der Regelungsbedarf wohl nur vor dem Hintergrund eines „Gesetzes der Natur“, das nach Existenzertret strebt. Zum darwinistischen Ansatz der Hirnforscher sogleich im Text.

<sup>23</sup> Zutreffend *K. Günther*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M., 2007, S. 72: „Wird die Freiheit der Person so fundamental in Frage gestellt, stehen freilich nicht nur Schuldbegriff und Strafe, sondern das Recht insgesamt zur Disposition“.

<sup>24</sup> Wobei freilich auch der Hinweis grundsätzlich zutreffend ist, dass eine solche Vorstellung nicht den Nachweis ihrer Richtigkeit in sich trägt; *Grün*, in: Roth/Grün (Hrsg.), *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2006, S. 58 f.

<sup>25</sup> Ein Begründungszusammenhang, der auch in älteren deterministischen Ansätzen vorgetragen wird; vgl. dazu *K. Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, S. 18 ff. Ein gleichsam darwinistisches Bild findet sich auch bei *Streng*, in: FS für Hruschka, 2005, S. 710 ff.; *ders.*, in: FS für Jakobs, 2007, S. 682: Der Ruf nach Strafe „als Ausdruck eines Selbststabilisierungs-Mechanismus“.

des Menschen in naturhaft-kausale Abläufe darstellen<sup>26</sup>. Für die moderne Strafrechtsentwicklung prägend ist insoweit vor allem das Denken des Strafrechtslehrers und Politikers<sup>27</sup> *Franz v. Liszt*, der damit im Kontext des naturalistischen Positivismus der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts steht<sup>28</sup>. Das Verbrechen wird als naturhaftes, nach dem Prinzip der Kausalität erklärbares Phänomen aufgefasst. Die Erforschung der Kausalzusammenhänge bildet zugleich die Grundlage für die – von *v. Liszt* auch so genannte – „Bekämpfung des Verbrechens“. Damit steht *v. Liszt* am Anfang einer modernen, funktionalen Kriminalpolitik. Mit ihm wird – nach einem Wort *Wolfgang Nauckes* – das Strafrecht „von einer Grenze der Politik zu einem Mittel der Politik“<sup>29</sup>. Auch *v. Liszt* beruft sich zur inhaltlichen Ausfüllung der verfolgten Ziele auf die Evolution, der er aber im Begriff der „Entwicklung“ eine besondere, durch die „Synthese des Seienden und des Seinsollenden“<sup>30</sup> gekennzeichnete Bedeutung gibt: „Indem wir das Seiende als ein geschichtlich Gewordenes betrachten und danach das werdende bestimmen, erkennen wir das Seinsollende.“<sup>31</sup> Die damit behauptete „immanente Zweckmäßigkeit alles kausalen Geschehens“<sup>32</sup>, aufgrund deren auch der ursprüngliche Straftrieb in die geordneten Bahnen rechtlicher Strafe gelenkt worden sei<sup>33</sup>, wurde zu Recht als „Glaubensbekenntnis“ *v. Liszts* bezeichnet<sup>34</sup>. Mit diesem Bekenntnis zu einer „Vernunft der Geschichte“<sup>35</sup> löst sich für *v. Liszt* zwar das Legitimationsproblem hinsichtlich der Verbindlichkeit der verfolgten Ziele – freilich um den Preis eines Bruchs in seinem naturalistischen Ansatz<sup>36</sup>. Nicht zu lösen ist aber die tendenzielle Maßlosigkeit, mit der die staatliche Gewalt auf den Rechtsbruch reagiert<sup>37</sup>. *V. Liszts* „Selektionstheorie“ schreibt ein Prinzip der Natur in den sozialen Raum fort<sup>38</sup>. Das Strafrecht kann je nach den (vermuteten) Ursachen von Kriminalität sozialstaatlichen Bemühungen Platz machen, die in bestimmten Kriminalitätsfeldern von *v. Liszt* als wirksamer eingeschätzt werden als die Strafe. Sozialer Wohnungsbau ist für eine so

<sup>26</sup> Vgl. *Heun*, JZ 2005, 857; *Hillenkamp*, JZ 2005, 317 (unter Bezugnahme auf *v. Liszt*). Angesprochen ist damit ein physikalischer Determinismus.

<sup>27</sup> Als Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses und des Deutschen Reichstags.

<sup>28</sup> *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 18 ff.

<sup>29</sup> *Naucke*, ZStW 94 (1982), 536; gleichsinnig *Zabel*, ZStW 120 (2008), 102.

<sup>30</sup> *v. Liszt*, ZStW 27 (1907), 93.

<sup>31</sup> *v. Liszt*, ZStW 26 (1906), 556.

<sup>32</sup> *v. Liszt*, Mitt.d. I.K.V. Bd. 16, S. 498.

<sup>33</sup> *v. Liszt*, ZStW 27 (1907), 95.

<sup>34</sup> *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, 1940, S. 14. Die Anleihen bei *Hegels* sind nicht zu übersehen, vgl. *Naucke*, ZStW 94 (1982), 534.

<sup>35</sup> Vgl. *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, 1940, S. 9.

<sup>36</sup> Vgl. *Naucke*, ZStW 94 (1982), 534.

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Frisch*, ZStW 94 (1982), 591 ff.

<sup>38</sup> *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, 1940, S. 19 f.

verstandene Kriminalpolitik ein Thema<sup>39</sup> – für *v. Liszt* freilich auch noch die Zwangserziehung von Arbeiterkindern<sup>40</sup>. Bedarf es aber nachhaltiger Einwirkung auf den einzelnen Täter, um ihn von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, so kann kein Schuldgrundsatz mehr begrenzende Wirkung entfalten: Der verfolgte Zweck – in einem ersten Schritt die Verhinderung von Straftaten, letztlich aber der Erhalt der Ordnung<sup>41</sup> – bestimmt das Maß der erforderlichen Einwirkung auf den Täter. Und es liegt in der Konsequenz dieses Ansatzes, den gegen erzieherische Maßnahmen resistenten Täter unabhängig vom Gewicht der Taten zum Schutze der Gesellschaft zu verwahren. Konsequenter wäre es weiter, bei ungünstiger Sozialprognose erst gar nicht die Tatbegehung abzuwarten, „wie ja auch der Hausarzt nicht wartet, bis ein Leiden zum Ausbruche kommt, sondern demselben vorzubeugen trachtet“<sup>42</sup>. Wenn auch *v. Liszt* aus Gründen der Rechtssicherheit – und um der „persönlichen Freiheit“(!) willen<sup>43</sup> – diese Entkoppelung von Tat und spezialpräventiver Maßnahme letztlich nicht befürwortet hat<sup>44</sup>, so zeigt doch die theoretische Konsistenz solchen Vorgehens, dass die Tat zum äußeren, in der Sache ganz unbedeutenden Anknüpfungspunkt für die Einleitung von Maßnahmen der Gefahrenabwehr herabgesunken ist. Es finden sich schließlich Andeutungen in Richtung auf das neuerdings intensiv diskutierte sogenannte „Feindstrafrecht“<sup>45</sup>: Es sind bloß pragmatische Erwägungen, aus denen *v. Liszt* den Bürgerstatus des Straftäters nicht aufheben will.<sup>46</sup> Und: Der prinzipielle Gegner der Rechtsordnung müsse „unschädlich gemacht werden, und zwar auf seine Kosten, nicht auf die unseren“<sup>47</sup>.

Bis heute leiden alle relativen Theorien des Strafrechts, ob sie nun spezial- oder generalpräventiv orientiert sind, an diesem Grundübel der Entgrenzung strafrecht-

---

<sup>39</sup> Womit auch zum Ausdruck gebracht ist, dass mit der Sozialpolitik nicht etwa etwas kategorial anderes angesprochen ist als mit Kriminalpolitik. Letztere ist für *v. Liszt* „einer der wichtigsten Zweige der Sozialpolitik“; *v. Liszt*, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905, 2. Bd., S. 95.

<sup>40</sup> *v. Liszt*, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905, 2. Bd., 1905, S. 247.

<sup>41</sup> *v. Liszt*, ZStW 26 (1906), 555; vgl. auch *Zabel*, ZStW 120 (2008), 100.

<sup>42</sup> *v. Liszt*, Die Zukunft des Strafrechts, in: ders., Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 2. Bd., 1905, S. 16.

<sup>43</sup> So *v. Liszt*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd., 1905, S. 62, den Vorwurf des Eklektizismus sehend.

<sup>44</sup> *v. Liszt*, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: ders., Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze 2. Bd., 1905, S. 80 f.

<sup>45</sup> Das freilich eine deutlich längere Geschichte hat; vgl. *Ambos*, Feindstrafrecht, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S. 347 ff.; zur Kritik *ders.*, a.a.O., S. 361 ff.; *Gierhake*, ARSP 94 (2008), 337 ff.

<sup>46</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 25.

<sup>47</sup> So in einem Brief an *Dobson*, 1880, zitiert bei *Radbruch*, *Elegantiae Juris Criminalis*, 2. Aufl. 1950, S. 229. Es heißt dort weiter: „Sicherheitshaft für Gewohnheitsverbrecher: Arbeitshaus mit militärischer Strenge ohne Federlesen und so billig wie möglich, wenn auch die Kerle zugrunde gehen“. Die Möglichkeit der politischen Inanspruchnahme dieses Konzepts in der Zeit nach 1933 liegt auf der Hand, vgl. *Naucke*, ZStW 94 (1982), 556 f. *Radbruch*, a.a.O., weist allerdings auch darauf hin, dass die zitierten Äußerungen aus *v. Liszts* Frühwerk später deutlich abgemildert wurden.

licher Reaktion<sup>48</sup>. Und zwar an einer Entgrenzung hinsichtlich der Schärfe wie auch der Art der Reaktion. Strategien zur Behebung dieser Schwäche lassen sich nicht originär aus dem Konzept eines präventiven Strafrechts entwickeln<sup>49</sup>.

Es stellt auch keine Lösung in dessen Sinne dar, die Antwort auf die Freiheitsfrage wegen ihrer seinswissenschaftlichen Unlösbarkeit<sup>50</sup> in der Schwebe zu lassen. Das funktionale Konzept erhält von diesem, in der Strafrechtswissenschaft vielfach anzutreffenden, agnostischen Standpunkt nicht etwa deshalb einen höheren Grad an Rationalität, weil die gegenläufige Auffassung von der unbeweisbaren Annahme von Freiheit abhängig sei<sup>51</sup>. Denn es ist ein Irrtum anzunehmen, das funktionale Konzept lasse die Frage der Freiheit letztlich offen und gehe damit von einem Minimalkonsens aus, der für Deterministen und Indeterministen<sup>52</sup> gleichermaßen akzeptabel sei. In Wahrheit muss das funktionale Konzept notwendig von der Unfreiheit der Menschen ausgehen. Denn gegenüber freien Personen ist die Unterwerfung unter ein Recht, das sie nicht zur Verantwortung zieht, sondern dressiert und maßregelt, eine nicht legitimierbare Zumutung. In dem Maße, wie die Freiheitsfrage als nicht entscheidbar angesehen wird, ist also auch das funktionale Strafrecht irrational<sup>53</sup>, nämlich von nicht beweisbaren Vorab-Annahmen abhängig.

Die normative Entscheidung des Agnostikers für ein funktionales Strafrechtskonzept kann sich auch nicht auf die Überlegung stützen, ein präventives Verständnis von Strafe, das auch ohne die Annahme von Freiheit auskommt, sei deshalb vorzugswürdig, weil Schuld und Strafe für den Täter Belastungen darstellten, deren Berechtigung mit einer positiven Beantwortung der Freiheitsfrage stehe und falle. Die damit erhobene Behauptung, es sei unverhältnismäßig, den Schuldvor-

<sup>48</sup> *Schünemann*, in: Ders. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984 S. 170 ff. Zur Unzulänglichkeit der Vorstellung, das Schuldprinzip durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ersetzen, siehe *Arth. Kaufmann*, in: FS für Wassermann, 1985, S. 890 f.; eingehend *Nollentius*, HRRS 2009, 499 ff.

<sup>49</sup> Begrenzungen ergeben sich auch nicht aus einem Schuldkonzept, das auf einem Verständnis von Freiheit im Sinne „der Gewährleistung einer informierten Entscheidung im Handlungszeitpunkt“ basiert (so *Loos*, *Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik*, in: ders./Jehle (Hrsg.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, 2007, S. 165). Freilich ist damit das Gesetzlichkeitsprinzip gesichert; jedoch wird weder für die Strafandrohung noch für die im konkreten Fall zu verhängende Strafe ein die Präventionsbedürfnisse zähmendes Maßprinzip gewonnen, weshalb *Loos*, a.a.O. ganz zu Recht darauf hinweist, dass „unklar“ bleibt, wie von diesem „Ansatz zur Strafbegründungsschuld die Brücke zur Strafzumessungsschuld geschlagen werden kann“.

<sup>50</sup> Dazu *Dirk Hartmann*, e-Journal Philosophie der Psychologie, März 2005, 6 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *v. Listz*, ZStW 17 (1897), S. 73 f.; dazu – kritisch – *Arth. Kaufmann*, Jura 1986, 225 f.

<sup>52</sup> Wobei „Indeterminismus“ hier im Sinne des Fehlens durchgängiger naturhafter Determination gemeint ist. Freiheit kann natürlich nicht im Sinne des Fehlens jeglicher Determination verstanden werden, denn damit wäre der Einzelne in seinen Entscheidungen dem Zufall überantwortet und damit genauso wenig frei, wie wenn er naturkausalen Vorgängen unterworfen wäre. Gemeint ist hier Freiheit im Sinne einer Selbstdetermination, also im Sinne der Fähigkeit der Person, sich nach eigenen Gründen zu entscheiden. Vgl. *Dirk Hartmann*, e-Journal Philosophie der Psychologie, März 2005, 3 f., 16; *Kahlo*, *Das Problem des Pflichtwiderigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, S. 269; *Arth. Kaufmann*, Jura 1986, 226 f.

<sup>53</sup> „Irrational“ freilich gerade gemessen an einem naturwissenschaftlich geprägten Maßstab der Rationalität.

wurf zu erheben, und der Staat müsse zu dem milderen Mittel der vorwurfsfreien, präventiven Reaktion greifen<sup>54</sup>, bleibt vordergründig<sup>55</sup>. Denn es ist eine Fehl-intuition, anzunehmen, eine Präventivstrafe stelle im Vergleich zu einer vergeltenden Schuldstrafe den weniger intensiven Eingriff dar<sup>56</sup>. Sowohl der reduzierte Personbegriff als auch die tendenzielle Uferlosigkeit möglicher Sanktionen zeigen, dass die Präventivstrafe keinesfalls ein milderes Mittel darstellt<sup>57</sup>. Es ist vor diesem Hintergrund nicht weiter erstaunlich, dass auch vom agnostischen Standpunkt aus das Schuldstrafrecht regelmäßig anerkannt wird<sup>58</sup>.

Der bis hierher gewonnene Befund passt nun freilich nicht zu der gängigen Auffassung, ein funktionales, an präventiven Bedürfnissen ausgerichtetes Strafrecht sei sozial und liberal.<sup>59</sup> Freilich kann eine wohlmeinende Politik in guten Zeiten einem funktionalen Strafrecht ein freundliches Gesicht geben. Aber das ist nicht mehr als ein Glücksfall für die Rechtsunterworfenen. Im Ernstfall kann sich ein Bürger nicht auf die Ungerechtigkeit, sondern lediglich auf die Zweckwidrigkeit staatlicher Maßnahmen berufen – eine denkbar schwache Position.

---

<sup>54</sup> Vgl. *Schünemann*, in: Ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 162; auch *G. Merkel/Roth*, in: Grün/Friedmann/Roth (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts, 2008, S. 80 (auch S. 86), wonach die durch Wegfall der Willensfreiheit entstehende „Gerechtigkeitslücke“ durch vermehrte „Übernahme der Verantwortung seitens der Gesellschaft“ geschlossen werden müsse. Warum aber „Gerechtigkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ unter determinierten Wesen überhaupt maßstabbildend wirken, ist nicht ersichtlich. Zudem bliebe von einer begrenzenden Wirkung eines Verhältnismäßigkeitsprinzips wenig übrig, wenn die Mehrheit der (ja dem Irrglauben an die Freiheit verfallenen) Mitglieder der Rechtsgemeinschaft harte Strafen für angemessen hält. In naturhaften Verhältnissen zählen nur die empirischen Gegebenheiten, nicht normative, aus Freiheit und Würde begründete Restriktionen.

<sup>55</sup> So auch *Hillenkamp*, JZ 2005, 317.

<sup>56</sup> Zutreffend weist *Schöb*, in: LK, 12. Aufl. 2007, § 20 Rn. 30 darauf hin, dass ein Maßregelrecht im Verhältnis zur Strafe für den Betroffenen keineswegs das „geringere Übel“ darstellt.

<sup>57</sup> Da eine Mischung der unterschiedlichen Ansätze je nach Günstigkeit für den Beschuldigten nicht in Rede stehen kann, denn dies wäre nichts anderes als straftheoretische Konzeptionslosigkeit, muss sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit an dem Konzept in seiner Gesamtheit orientieren, weshalb es fehlgeht, wenn *Schünemann*, in: Ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 162 darauf hinweist, dass die konkrete verschuldensabhängige Strafzumessung im Einzelfall auch für den Täter ungünstiger ausfallen kann als bei Orientierung an präventiven Belangen.

<sup>58</sup> *Jescheck/Wegend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 410 f.; *Roxin*, Strafrecht I, 3. Aufl. 1997, § 19 Rn. 36 ff. Es ist freilich von *Loos*, Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik, in: Ders./Jehle, Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, 2007, S. 164, richtig gesehen, dass „ohne Willensfreiheit in actu individuelle Verantwortlichkeit als Voraussetzung einer vergeltenden oder schuldgleichenden Tat nicht existiert“ – wohingegen der sich anschließende Hinweis auf den Zweifelssatz (nicht begrenzt auf die konkrete Tat, sondern bezogen auf menschliches Handeln als solches) für die agnostische Position aus den im Text genannten Gründen problematisch bleibt. Und es hilft auch der Hinweis nicht, das Gesetz (§ 20 StGB) erspare dem Richter die positive Begründung von Freiheit (a.A. *Hassemer*, ZStW 121 [2009], 852 f., 859). Das ist zwar selbstverständlich richtig, aber nur verständlich und akzeptabel für ein Rechtsverständnis, dem Freiheit als „Normalfall“ voraus und zugrunde liegt.

<sup>59</sup> Treffend – bezogen auf *v. Liszt – Naucke*, ZStW 94 (1982), 547, 558; tendenziell gegenläufig *P.-A. Albrecht*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 5.

Nun könnte man meinen, dem Fehlgebrauch eines funktionalen Strafrechts könne durch die von der Verfassung gezogenen Grenzen begegnet werden. Das funktionale Konzept sei im demokratischen Rechtsstaat gleichsam gezähmt. Denn das bedrohliche Szenario eines Strafrechts, das einer beliebigen Ordnung mit jedem hierzu opportunen Mittel zur Durchsetzung verhilft, erscheint durch die grundgesetzlich verfestigte Qualität der bundesrepublikanischen Ordnung ausgeschlossen.

Aber so lässt sich schon aus rechtstheoretischen Gründen nicht verfahren<sup>60</sup>: Es ist nämlich nicht möglich, die Begrenzungen des Strafrechts von dessen Fundierung zu entkoppeln. Es wäre sonst nicht zu begründen, weshalb sich ein begrenzendes Prinzip, wie das an individueller Verantwortlichkeit orientierte Schuldprinzip, gegen eine Begründung der Strafe aus präventiver Notwendigkeit durchsetzen könnte, solange keine Metaregel formuliert ist, die aber ihrerseits legitimationsbedürftig wäre und die Überlegenheit des begrenzenden Prinzips dartun müsste<sup>61</sup>. Man kann also nicht gleichsam von der Seite her die notwendigen Begrenzungen von Strafe, etwa unter Hinweis auf die verfassungsrechtlich verbürgte Menschenwürde, einfordern. *Jakobs* hat dies in aller Klarheit gesehen und deshalb nur die Konsequenz aus einem funktional verstandenen Strafrecht gezogen, wenn es bei ihm heißt: „Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt“<sup>62</sup> – womit die Schuld ersichtlich keine limitierende Wirkung mehr entfalten kann.

Weiter ist die Hoffnung auf das Grundgesetz deshalb trügerisch, weil ein funktionales Strafrechtsdenken mit seinen Prämissen nicht nur ein grundlegend geändertes Verständnis gegenüber dem traditionellen Schuldstrafrecht impliziert, sondern gewissermaßen vom Strafrecht her auch die Verfassung aufrollt<sup>63</sup>. Denn der zentrale Angriffspunkt, auf den die Attacken gegen das Schuldstrafrecht zielen, ist letztlich das vom BVerfG zugrunde gelegte Verständnis von Menschenwürde, wonach die Person – eingeordnet in soziale Zusammenhänge – durch Freiheit und Selbstverantwortung ausgezeichnet sei<sup>64</sup>. Das Bekenntnis zur Menschenwürde gerät vom Standpunkt eines funktionalen Rechtsdenkens zur positivistischen Geste, ohne dass der Würdebegriff gegen seine inhaltliche Auflösung zugunsten von Gemeinschaftsbelangen noch immunisiert werden könnte. Angriffe auf den Schuldgrundsatz weisen also weit über diesen hinaus. Sie treffen das Konzept von Recht und Staat in seiner Gesamtheit.

<sup>60</sup> Vgl. *Noltenius*, HRRS 2009, 505; *M. Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 4 f. Fn. 11.

<sup>61</sup> Vgl. ergänzend *Pavlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 53.

<sup>62</sup> *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 14 (dazu kritisch z.B. *Arth. Kaufmann*, Jura 1986, 225; *Schöneborn*, ZStW 92 [1980], 682 ff.; *Stübinger*, KJ 1993, 33 ff.).

<sup>63</sup> Vgl. m.w.N. *Duttge*, in: ders. (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, S. 16 f.

<sup>64</sup> BVerfGE 4, 7, 16; 35, 202, 225; 45, 187, 228; 65, 1, 41; 49, 286, 298. Zum Zusammenhang von Schuld und Menschenwürde jüngst BVerfG, NJW 2009, 2267, 2289.

## II.

Ich komme zur gegenwärtigen Bedeutung funktionalen Strafrechtsdenkens.

Die vorgetragene Kritik an einem funktionalen Strafrecht beharrt also auf einem Verständnis von Strafe als zur Wiederherstellung des Rechts erforderliche Reaktion auf eine von der Vernunftperson zu verantwortende Rechtsverletzung. Verschuldetes Unrecht ist damit nicht nur Dysfunktionalität, sondern Herabsetzung des Anderen, dem der Täter in einem Verhältnis ursprünglicher Gleichheit unter Freien verbunden ist. Dieses qualitative Verständnis von Unrecht und Schuld entfaltet eine kritische Funktion gegenüber dem Gesetzgeber und tritt mit einem die Strafe begründenden und limitierenden Anspruch auf – kurz: Dieses Konzept ist anachronistisch<sup>65</sup>.

Dagegen ist das funktionale Strafrechtskonzept modern und charakterisiert – wie im Folgenden noch zu skizzieren sein wird – weithin den gegenwärtigen Zustand des deutschen Strafrechts. Diese Entwicklung fügt sich ein und wird vorangetrieben durch die Europäische Union, die in Verfolgung ihrer Ziele das Strafrecht als (besonders) effizientes Instrument begreift. So begründete der EuGH die Anweisungskompetenz der EG für strafrechtliche Sanktionen kurzerhand mit der zweckrationalen Notwendigkeit des Strafrechtseinsatzes für eine Verwirklichung der Gemeinschaftsziele<sup>66</sup> – und hat damit den Zustand nach dem Vertrag von Lissabon vorweggenommen<sup>67</sup>. Nicht die gerechtigkeitsorientierte Frage nach der Qualität der jeweiligen Unrechtsmaterie dirigiert die Suche nach der angemessenen Reaktion, sondern die instrumentellen Wirkungen, die von den in Betracht kommenden Maßnahmen erwartet werden<sup>68</sup>. Damit steht das Strafrecht auf der gleichen Ebene und somit unversehens in Konkurrenz zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere zum Polizei- und Verwaltungsrecht<sup>69</sup> – und es hat die besten Aussichten, sich in dieser Konkurrenz durchzusetzen. Denn dem Strafrecht als besonders

---

<sup>65</sup> An diesem Befund ist festzuhalten, obwohl in neuerer Zeit die Einsicht in den rechtsstaatlichen Gehalt der absoluten Straftheorie in der Wissenschaft (wieder) an Boden gewinnt, vgl. *Loos*, Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik, in: ders./Jehle (Hrsg.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, 2007, S. 155 f. und die Darstellung bei *Panlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 45 ff., die aber zugleich zeigt, dass die „Renaissance der absoluten Straftheorie“ (die *Schünemann*, in: ders. [Hrsg.], *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984 S. 158, noch „auf absehbare Zeit ausgeschlossen“ erschien) von einer vergleichsweise kleinen Gruppe getragen wird.

<sup>66</sup> Urt. v. 13.9.2005 – C-176/03 „Kommission ./ Rat“, ZIS 2006, 179; dazu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 30a; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161 ff. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 41 ff.; EuGH, Urt.v. 23.10.2007 – C-440/05, NStZ 2008, 703; dazu *Zimmermann*, NStZ 2008, 663 ff.

<sup>67</sup> Art. 83 Abs. 2 AEUV; vgl. z.B. *Frenz/Wübbenborst*, wistra 2009, 449 f.; *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 399, 403; wobei der Vertrag von Lissabon im Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH auch gewisse restriktive Tendenzen erkennen lässt; *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 404.

<sup>68</sup> Kritisch *Sugmann/Jager*, KritV 2008, 65 ff. (bei denen die Spezifika des Strafrechts allerdings noch unterbestimmt bleiben); *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 401; *Rackow*, ZIS 2008, 536; *Satzger*, ZIS 2009, 692 f.; auch BVerfG, NJW 2009, 2267, 2288: „Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“.

<sup>69</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 119 (2007), 17; *Sugmann/Jager*, KritV 2008, 70.

scharfem Mittel wird prima facie schnell auch eine besondere Wirksamkeit zuge-  
traut. Mit der intuitiven Plausibilität solcher Effizienz werden – bewusst oder un-  
bewusst – die wissenschaftlichen Zweifel an der präventiven Leistungsfähigkeit  
strafrechtlicher Reaktionen überspielt<sup>70</sup>. Die Legitimation des Strafrechtseinsatzes  
ist damit am Ende nur noch eine empirische Frage<sup>71</sup> – ohne dass ernsthafte Be-  
mühungen entfaltet würden, die empirischen Zusammenhänge auch wirklich auf-  
zuklären. So ignoriert etwa die Logik anzudrohender „Mindesthöchststrafen“<sup>72</sup>  
(zumindest) die Einsicht, dass präventive Wirkungen jedenfalls nicht allein vom  
Strafrahmen, sondern von einer Vielzahl weiterer Rahmenbedingungen, unter an-  
derem von der Entdeckungswahrscheinlichkeit abhängen.

Der Reiz eines funktionalen Strafrechts für die Politik liegt auf der Hand: Das  
Strafrecht wird geschmeidig, das Prinzip der Effizienz entspricht der modernen  
Bekämpfungsrhetorik. Schon die Übersetzung eines gesellschaftlichen Problems in  
die Sprache eines Straftatbestandes lässt sich als politischer Erfolg verbuchen:  
Kostengünstig wird so staatliche Handlungsfähigkeit demonstriert. Das Strafrecht  
steht dezidiert auf der Seite der zu schützenden Ordnung, sei sie nun Gesellschaft,  
Staat oder Wirtschaft, die sich mit seiner Hilfe einer Bedrohung durch dysfunktio-  
nal agierende Teilnehmer oder Außenstehende erwehren will; der Beschuldigte  
kommt als Rechtsperson, die an der Begründung und Begrenzung der Strafe Anteil  
hat, allenfalls noch am Rande vor. Haftungslimitierungen, seien sie materiellrecht-  
licher oder verfahrensrechtlicher Natur, erscheinen hier schnell als Effizienz-  
bremse. Das Gesamtkonzept, auch das dürfte deutlich geworden sein, ist von zeit-  
gemäßer Einfachheit; hemdsärmelig zupackend präsentiert sich ein leicht vermittel-  
bares pragmatisches Strafrecht<sup>73</sup>.

Da die schuldstrafrechtlichen Vorgaben in Deutschland (wie auch in Europa<sup>74</sup>)  
zumindest verbal weithin konsentiert sind, kann sich ein funktionales Strafrecht  
von den tradierten Vorgaben nicht offen distanzieren, ohne mit Akzeptanzein-  
bußen rechnen zu müssen. Das Bestreben nach seiner Implementierung ist aber  
vor allem bei der sogenannten „Bekämpfung“ sogenannter „moderner Kriminali-  
tät“ nicht zu übersehen. Das materielle Recht wird davon ebenso erfasst wie das

<sup>70</sup> Vgl. dazu etwa *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 41 Rn. 6; *Hefendehl*, MschrKrim 86 (2003), 37 ff.

<sup>71</sup> *Sugmann/Jäger*, KritV 2008, 69.

<sup>72</sup> *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 60. Vgl. nun Art. 83 Abs. 1, 2 AEUV.

<sup>73</sup> Dass eine solche, „im Common Law immer schon verbreitete und zunehmend auch auf dem europäischen Kontinent Fuß fassende Einstellung, dass man sich auf pragmatische Lösungen konzentrieren und die theoretischen Fragen beiseite lassen sollte ... natürlich der Tod jeder sich als Wissenschaft ernst nehmenden Jurisprudenz“ wäre, hat *Schiinemann*, FS für Tiedemann, 2008, S. 431, zu Recht betont. Vgl. zur „Auflösung der Begriffsarbeit“ auch *Zaczek*, in: Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Zum Strafrecht, 1998, S. 4 f., 12.

<sup>74</sup> Die Verknüpfung mit der Menschenwürde ist freilich kein europäisches Gemeingut, vgl. *Landau*, ZStW 121 (2009), 973. Auch die im nachfolgenden Text behandelte Unternehmensstrafe, die in den Mitgliedsstaaten der EU weithin Anerkennung findet, offenbart unterschiedliche Verständnisse.



Strafverfahren. Es sollen immerhin noch Beispiele dafür genannt werden, wo das Strafrecht seine freiheitliche Fundierung verloren hat oder zu verlieren droht.

Ein wesentlicher Fokus funktionalen Strafrechtsdenkens liegt auf dem *Wirtschaftsstrafrecht*, das zudem im europäischen Rahmen unter besonderem Anpassungsdruck im Zuge der Herstellung eines gemeinsamen Wirtschaftsraums steht. Die Verfolgung des primär wirtschaftlichen Anliegens der Europäisierung<sup>75</sup> verlangt nach der Nivellierung nationaler Unterschiede im rechtlichen Umgang mit Wirtschaftskriminalität, die einen Standortvorteil begründen könnten<sup>76</sup>.

Als effizientes Steuerungsinstrument kann sich das Strafrecht hier nur behaupten, wenn es sich gerade an die Unternehmensspitzen richtet, denn dort sind die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten zur Gewährleistung rechtstreuen Verhaltens der Mitarbeiter gebündelt. Die traditionelle, an individueller Verantwortlichkeit orientierte Dogmatik scheint aber nun die Haftungs begründung gerade dann besonders zu erschweren, wenn Straftaten aus Kollektiven heraus begangen werden, die durch Arbeitsteiligkeit bei der Verfolgung gemeinsamer Ziele innerhalb komplexer, selbstorganisierter Strukturen gekennzeichnet sind<sup>77</sup>.

Bei der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit innerhalb des Unternehmens treffen sich dogmatische Probleme des materiellen Rechts mit prozessualen Schwierigkeiten. Dogmatisch nach wie vor nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob eine *mittelbare Täterschaft der Geschäftsleitung* auch dann in Betracht kommt, wenn der nachgeordnete Mitarbeiter, der die unmittelbar rechtsgutsbeeinträchtigende Handlung vorgenommen hat, strafrechtlich voll zur Verantwortung zu ziehen ist (oder – praktisch wichtig – jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass ihn volle Verantwortung trifft)<sup>78</sup>. Die Literatur steht einer Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ teilweise kritisch gegenüber, weil das Verhalten des Vordermannes am Maßstab der gleichen Rechtsordnung nicht zugleich als frei und als von dem Hintermann beherrscht bewertet werden könne<sup>79</sup>. Und selbst, wenn man Durchbrechungen des Verantwortungsprinzips anzuerkennen bereit ist, wirft die Legitimation einer Organisationsherrschaft mittels nicht „rechtsgelöster“ Machtapparate, zu denen grundsätzlich auch Wirtschaftsunternehmen gehören, zusätzliche Schwierigkeiten auf<sup>80</sup>. Nur angedeutet sei an dieser Stelle, dass ein instrumentales, an tatsächlicher Steuerungsmacht orientiertes Verständnis von Tatherrschaft mit Blick auf die Freiheit der Arbeitnehmer eine Zurechnung zum Initiator des Verhaltens nicht

---

<sup>75</sup> Freilich treten neben die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele auch zunehmend politische Ziele, teilweise freilich lediglich die Wirtschaftsgemeinschaft flankierenden Charakters; vgl. *Seyr*, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 61 ff.; optimistischer *Callies*, JZ 2004, 1033 ff.

<sup>76</sup> *Fromm*, ZIS 2007, 287 f.

<sup>77</sup> Z.B. *Hetzger*, EuZW 2007, 76.

<sup>78</sup> Zusammenfassend m.w.N. *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB Kommentar, 2009, § 25 Rn. 25 ff.

<sup>79</sup> Zuletzt *Krey/Nuyss*, in: FS für Amelung, 2009, S. 214.

<sup>80</sup> Ablehnend insoweit *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 249 ff.; *ders.*, in: FS für Grünwald, 1999, S. 556 ff.; *ders.*, in: FS für F.-C. Schroeder, 2006, S. 396 f.; kritisch zu diesem Kriterium *Ambos*, GA 1998, 241 ff.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 533 ff.

zu tragen vermag. Zielführend erscheint dagegen der Gedanke, dass die Sonderverantwortlichkeit der Geschäftsleitung für unternehmensbezogene Risiken eine Tatherrschaft in einem normativen Sinne eröffnen kann<sup>81</sup>. In der neueren Rechtsprechung des BGH findet sich dieser Gedanke in der Anerkennung einer Organisationsherrschaft durch Unterlassen<sup>82</sup>, mithin in der Anerkennung einer mittelbaren Täterschaft unter Verzicht auf jede instrumentale Steuerung des Werkzeugs.

Dogmatische Probleme bereitet weiterhin die individuelle Haftung der Mitglieder von *Entscheidungsorganen*. Hier liegt die Argumentation jedes einzelnen Gremiumsmitglieds nahe, es hätte auch bei rechtmäßigem Stimmverhalten nichts an der Gremienentscheidung ändern können, weil es überstimmt worden wäre. Dieser Einwand lässt sich noch relativ leicht entkräften, wenn die Gremiumsmitglieder als Mittäter gehandelt haben und damit eine Verantwortungszuweisung an die anderen kraft Zurechnung von deren Tatbeiträgen auf den Täter zurückfällt<sup>83</sup>. Als dogmatisch ungelöst wird man hingegen den Fall bezeichnen müssen, dass die Gremiumsmitglieder lediglich fahrlässig in Richtung auf die Deliktverwirklichung gehandelt haben<sup>84</sup>. Die Rechtsfigur einer „fahrlässigen Mittäterschaft“ vermag die empfundenen Zurechnungsbedürfnisse nicht auf eine legitime Grundlage zu stellen<sup>85</sup>. Auch hier nur andeutungsweise: Der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung stößt bei gravierend deliktischem Verhalten an seine Grenzen<sup>86</sup>. Die Frage, inwieweit sich das Gremiumsmitglied darauf zurückziehen kann, es habe seine Einflussmöglichkeiten innerhalb des Gremiums ausgereizt und damit die ihm obliegenden Pflichten erfüllt<sup>87</sup>, beantwortet sich danach, ob das Risiko der rechtswidrigen Gremiumsentscheidung mit Blick auf das Interesse an der Einhaltung der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Entscheidungsvorgänge noch als tolerabel angesehen werden kann<sup>88</sup>. Drohen erhebliche Rechtsgutsbeeinträchtigungen, so wird u.U. auch ein „Alleingang“ des Gremiumsmitglieds zu verlangen sein; das Gesellschaftsrecht dient nicht der Formalisierung krimineller Entscheidungen. Damit wird der Anwendungsbereich des Problems der Gremienentscheidungen für das Strafrecht deutlich eingeschränkt. In den Fällen allerdings, in denen das Gremi-

<sup>81</sup> Näher *Murmann*, GA 1996, 275 ff.; *ders.*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB Kommentar, 2009, § 25 Rn. 28; ebenso *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. unveränderte Aufl. 2004, S. 599 f.

<sup>82</sup> BGHSt 48, 77, 89 ff.

<sup>83</sup> BGHSt 37, 106, 129; in der Begründung abweichend BGHSt 48, 77, 94 ff.; dazu *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB Kommentar, 2009, § 25 Rn. 32; *Ranft*, in: FS für Otto, 2007, S. 418; vgl. auch *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 245 ff.

<sup>84</sup> Für die Rechtsprechung grundlegend BGHSt 37, 106.

<sup>85</sup> *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB Kommentar, 2009, § 25 Rn. 33 f.

<sup>86</sup> Zutreffend *Fleischer*, BB 2004, 2647 f.; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 66 ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck-Schmid, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 4. Aufl. 2006, § 30 Rn. 22 ff.; vgl. auch *Samson*, StV 1991, 185.

<sup>87</sup> So grundsätzlich BGHSt 37, 106, 125 f. Zu Friktionen, in die dieser Ansatz bei der Umsetzung einer Mehrheitsentscheidung führt, vgl. *Große-Vorbolt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 86 ff.

<sup>88</sup> Welche Maßnahmen vom Einzelnen zu verlangen ist, beurteilt sich nach Verhältnismäßigkeits-erwägungen, vgl. *Fleischer*, BB 2004, 2649 f.

umsmitglied lediglich dazu verpflichtet ist, „unter vollem Einsatz seiner Mitwirkungsrechte das ihm Mögliche und Zumutbare zu tun, um einen (rechtmäßigen, U.M.) Beschluss der Gesamtgeschäftsführung“ zustande zu bringen<sup>89</sup>, wird eine Erfolgzurechnung in vielen Fällen schwerlich begründbar sein: Das Risiko, als Mitglied der Geschäftsleitung eine rechtswidrige Entscheidung trotz abweichender Stimmabgabe mitzutragen, ist bei dieser Sichtweise (wie sie auch der Rechtsprechung des BGH zugrunde liegt<sup>90</sup>) strafrechtlich erlaubt<sup>91</sup>. Es wird aber kaum einmal feststehen, dass solcherart pflichtgemäßes Verhalten auch eine rechtmäßige Entscheidung nach sich gezogen hätte, weshalb es (bei zutreffender Zurückweisung der Risikoerhöhungslehre<sup>92</sup>) in diesen Fällen am Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehlen dürfte<sup>93</sup>.

In prozessualer Hinsicht schließlich führt das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit u.U. in gravierende Beweisprobleme. Komplexe, schwer durchschaubare Organisationsstrukturen, innerhalb derer das Gewicht des Verhaltens des Einzelnen undeutlich bleibt, erschweren die Zuordnung von Tathandlungen zu Personen<sup>94</sup>.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, wenn ein um effiziente Steuerung bemühtes Strafrecht nach Wegen sucht, den Mühen individueller Haftungs begründung auszuweichen. Zunehmend wird eine strafrechtliche Verbandshaftung verlangt, wobei unterschiedliche Modelle in der Diskussion sind<sup>95</sup>. Dabei fällt der Ertrag an Vereinfachung noch nicht ins Gewicht, wenn nach dem sogenannten „Zurechnungsmodell“ die zunächst festzustellende Individualschuld in der Person eines Unternehmensangehörigen dem Unternehmen zugerechnet wird<sup>96</sup>. Attraktiver erscheint insoweit das Modell einer originären Verbandshaftung, wonach etwa ein eigenes Organisationsverschulden des Unternehmens dessen strafrechtliche Haftung begründen soll<sup>97</sup>.

---

<sup>89</sup> BGHSt 37, 106, 126.

<sup>90</sup> BGHSt 37, 106, 125 f.

<sup>91</sup> Zum Hintergrund des damit angesprochenen Pflichtwidrigkeitszusammenhangs vgl. *Küper*, in: FS für Lackner, 1987, S. 270 ff.; *Puppe*, JZ 1985, 295.

<sup>92</sup> BGHSt 37, 106, 127.

<sup>93</sup> Vgl. *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 69 f.; *T. Walter*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 83; a.A. BGHSt 37, 106, 131 f. Neuerdings begründet der BGH die „Quasi-Kausalität“ des kollektiven Unterlassens bei Gremienentscheidungen mit dem zu unterstellenden rechtmäßigen Verhalten der je anderen Mitglieder des Gremiums, „denn das Recht hat von der Befolgung seiner Regeln auszugehen“ (BGHSt 48, 95). Aber die Akteure handeln in der wirklichen Welt und es geht darum, ob sie in dieser wirklichen Welt die rechtswidrige Entscheidung vermeiden konnten (zu Recht kritisch deshalb *Ranft*, in: FS für Otto, 2007, S. 418).

<sup>94</sup> *Seelmann*, in: FS für Schmid, 2001, 170 ff.

<sup>95</sup> Systematische Darstellung der Modelle bei *Hausermann*, Der Verband als Straftäter und als Strafprozesssubjekt, 2003, S. 15 ff., 82 ff.

<sup>96</sup> *Hausermann*, Der Verband als Straftäter und als Strafprozesssubjekt, 2003, S. 113 f. Dazu, dass dieses Modell auch in der Sache nicht überzeugt, v. *Freier*, GA 2009, 108.

<sup>97</sup> *Hetzer*, EuZW 2007, 77 f.; zu den unterschiedlichen Konzepten *Hausermann*, Der Verband als Straftäter und als Strafprozesssubjekt, 2003, S. 123 ff.

Desorganisation oder mangelnde Transparenz sind danach geradezu Gründe für die Strafbarkeit des Unternehmens. Neben die Beseitigung von Haftungshindernissen tritt die Hoffnung auf gesteigerte präventive Effekte. Denn das wirtschaftlich kalkulierende Unternehmen muss die Kosten etwaiger Strafen einrechnen<sup>98</sup> – ein Argument, das freilich mit Blick auf die in § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz bereits verankerte Verbandsgeldbuße nur beschränkte Überzeugungskraft entfaltet<sup>99</sup>. Schließlich wird geltend gemacht, Deutschland gerate mit seiner Ablehnung einer Unternehmensstrafbarkeit innerhalb Europas in die kriminalpolitische Isolation<sup>100</sup>, was vor dem Hintergrund des einheitlichen Wirtschaftsraums problematisiert wird<sup>101</sup>.

Es liegt auf der Hand, dass eine Unternehmensstrafbarkeit mit traditionellen schuldstrafrechtlichen Vorstellungen *nicht* in Einklang zu bringen ist<sup>102</sup>: Eine Verantwortlichkeit, die der Selbstbestimmungsfreiheit korreliert und damit ihre Basis letztlich in der Würde des Menschen hat, kann einem Unternehmen nicht zukommen<sup>103</sup>. Das wird noch deutlicher durch einen Blick auf die dem Unrecht vorgelagerte Leistung der Rechtsperson für die Konstitution des Rechts<sup>104</sup>. Diese Leistung, die zugleich die Basis für ein Verständnis von der Verletzbarkeit des Rechts bildet, lässt sich von Unternehmen nicht erbringen<sup>105</sup>. Das Unternehmen wird rechtlich konstituiert; es konstituiert nicht seinerseits das Recht<sup>106</sup>. Es wäre auch eine fehlgeleitete Romantik, zu glauben, Unternehmen seien an der Befolgung des Rechts um dessen Gerechtigkeitsanspruch willen interessiert. Die Rede vom „Good Corporate Citizen“<sup>107</sup> kann deshalb realistischerweise nicht mehr meinen als taktisch rechtstreues Verhalten der Unternehmensverantwortlichen in der Er-

<sup>98</sup> Vgl. – freilich zweifelnd hinsichtlich der präventiven Wirkung – *Theile*, ZIS 2008, 415.

<sup>99</sup> Vgl. *Hefendehl*, MSchrKrim 86 (2003), 41 f. Auch die Verbandsgeldbuße ist allerdings mit Blick auf ihre (zumindest) Strafähnlichkeit nicht unproblematisch (eingehend *v. Freier*, Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 225 ff.), was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass die Vorschrift als Argument dafür herhalten soll, dass dann auch eine Verbandsstrafbarkeit keine Probleme aufwerfe; *Hetzer*, EuZW 2007, 76 ff. Vgl. auch *Kleszczewski*, in: FS für Seebode, 2008, S. 179 ff. mit dem Vorschlag (S. 189 ff.), die Verbandsgeldbuße als „eine mit einem Säumniszuschlag versehene Gewinnabschöpfung“ zu interpretieren.

<sup>100</sup> *Fromm*, ZIS 2007, 287 ff.; *Hetzer*, EuZW 2007, 76. Übersicht zur Normierung der Unternehmensstrafbarkeit im europäischen Ausland bei *Woblers*, in: FS für Rinklin, 2009, S. 288.

<sup>101</sup> *Pieth*, SchwZStrW 119 (2001), 7; zur EU-Ebene vgl. *Frenz/Wübberhorst*, wistra 2009, 451.

<sup>102</sup> Instruktiv *v. Freier*, GA 2009, 98 ff.; a.A. *European Criminal Policy Initiative*, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009 697 f., wonach das Festhalten am Schuldgrundsatz nicht die Frage präjudiziere, ob es einen Schuldvorwurf gegen juristische Personen geben könne – was angesichts des dort betonten Zusammenhangs von Schuld und Menschenwürde überraschend ist (freilich nicht mehr, wenn man die internationale Zusammensetzung der Initiative bedenkt).

<sup>103</sup> In diesem Sinne auch *Knopp/Rathmann*, JR 2005, 362; *Peglau*, JA 2001, 608 f.

<sup>104</sup> Ein Aspekt, der freilich für eine funktionale Strafrechtsbestimmung nicht einmal in den Blick kommt; vgl. etwa *Hetzer*, EuZW 2007, 75 ff.; *Vogel*, JZ 1995, 341.

<sup>105</sup> *v. Freier*, Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 118 ff.

<sup>106</sup> *Kleszczewski*, in: FS für Seebode, 2008, S. 182 f.

<sup>107</sup> *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, Rn. 244; daran anschließend *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 315.

wartung, dieses werde sich am Ende auch wirtschaftlich auszahlen<sup>108</sup>. Solches Verhalten reicht zwar zur Vermeidung von Rechtsverstößen aus, nicht aber zur Konstituierung eines Rechtssubjekts, dem gegenüber ein Schuldvorwurf erhoben werden kann.<sup>109</sup> Die gegenteilige Auffassung muss Schuld auf den taktischen Fehler einer gemessen an der Verfolgung eigener Interessen inadäquaten Entscheidung reduzieren.

Wenn also die Einführung einer Verbandsstrafbarkeit propagiert wird, so wird die gerne geführte Rede von der „Verantwortlichkeit“ von Verbänden zu einer Begriffshülse, die letztlich nicht mehr meint als (durch Leitungspersonen vermittelte) Steuerbarkeit. Dieser reduzierte Schuldbegriff musste freilich nicht neu erfunden werden, sondern er entspricht den in einem Präventionsstrafrecht zu stellenden Anforderungen an die Ansprechbarkeit von Normadressaten. In einem funktionalen Strafrecht ist die Unternehmensstrafbarkeit so gesehen unspektakulär. Es bedarf keiner Vermenschlichung des Verbandes, sondern umgekehrt agiert der Mensch im Recht auf der prinzipiell gleichen Ebene wie ein Verband. Dass der Mensch damit nicht mehr in seiner Würde angesprochen ist, wurde bereits herausgestellt.

Ein weiterer Bereich, in dem die Funktionalisierung die nachhaltigsten Erfolge feiert, ist das *Strafverfahren*. Dessen Offenheit für unterschiedlichste kriminalpolitische Bestrebungen wird schon durch die gängige Behauptung unterstrichen, Zweck des Strafverfahrens sei die Herstellung von „Rechtsfrieden“<sup>110</sup>. Diese Interpretation des Verfahrenszwecks führt weg von einem verbindlichen *Rechtswert* und hin zur Verfolgung unterschiedlichster, sozial für wünschenswert gehaltener Ziele, die sich unter dem Dach des Rechtsfriedens versammeln lassen. Die Verwischung der Grenzen von Repression und Prävention und die Verpolizeilichung der Strafverfolgung<sup>111</sup> sind dann nur naheliegend. Vor diesem Hintergrund erklärt sich nicht nur die Aufweichung strafprozessualer Grundsätze. Auch die Anpassung materiell-strafrechtlicher Begriffe an Bedürfnissen der Prävention, insbesondere die Funktionalisierung des Schuldbegriffs, wird so zusätzlich stimuliert.

Entsprechend der Unschärfe des verfolgten Zwecks geraten auch die Mittel zur Verfolgung dieses Ziels ins Ungefähre<sup>112</sup>. Nicht mehr die rechtliche Notwendigkeit der Wiederherstellung von Recht legitimiert den Prozess, sondern es geht um die Bewältigung eines Sozialkonflikts, für dessen Beseitigung das ganze Arsenal sozialtechnologischer Gestaltungsmittel zur Verfügung steht. Reaktionen mit oder

---

<sup>108</sup> Vgl. *Theile*, ZIS 2008, 413 ff.; *Schünemann*, FS für Tiedemann, 2008, S. 438 f., der freilich das spezifisch Rechtliche auch nicht erfasst, wenn er den Grund der Bindungswirkung ins Belieben der Person stellt.

<sup>109</sup> Dagegen sieht *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, Rn. 244 in der „Lehre“ vom „Good Corporate Citizen“ einen „generellen theoretischen Rahmen für die Konstruktion der Unternehmensschuld“.

<sup>110</sup> Dazu schon *Murmann*, GA 2004, 67 ff., 80 ff.; vgl. auch *Rath*, in: FS für Küper, 2007, S. 466 ff.

<sup>111</sup> *Landau*, ZStW 121 (2009), 966 ff.; *Sieber*, ZStW 119 (2007), 33 ff.; *Woblers*, in: SK StPO, § 152, Rn. 29 ff.; zum neuen BKAG jüngst *Zabel*, JR 2009, 453 ff.

<sup>112</sup> Entsprechende Bedenken gegen die Wiedergutmachung bei *Loos*, ZRP 1993, 56.

ohne Schuldvorwurf, mit oder ohne Zustimmung des Beschuldigten, leistungsunabhängige und leistungsabhängige Maßnahmen, letztere zudem mit unterschiedlichen Leistungsempfängern – alles ist möglich. Mit der Öffnung für unterschiedliche Reaktionsformen stellt sich das Problem von deren Auswahl. Damit kommt ein Aspekt zur Wirksamkeit, der mit einem kriminalpolitisch dominierten Recht notwendig verbunden ist: Die Wahl der Mittel hängt nicht nur von deren Tauglichkeit für die Zielerreichung ab, sondern nicht zuletzt auch von den Kosten, insbesondere vom Personalbedarf. Belange der Verfahrensökonomie können ganz ungenügend berücksichtigt werden; Verfahrensvereinfachung ist das begehrte Geschenk eines funktionalen Strafrechts. Und da ohnedies niemand so genau über die empirischen Zusammenhänge zwischen strafrechtlicher Reaktion und dem erstrebten Rechtsfrieden Bescheid weiß, lässt sich auch kaum geltend machen, die einfachste und sparsamste Lösung gehe auf Kosten der Wirksamkeit. Wer an einer originär strafrechtlichen Lösung festhalten will, gerät damit überraschend unter Legitimationsdruck. So wird in der praktisch überwiegenden Anzahl der Fälle die Frage der Schuld kurzerhand offen gelassen. Es ist die Rede von einer „verurteilungslosen Friedensstiftung“<sup>113</sup>.

Es gibt freilich Grenzen: Verfahrenseinstellungen wie etwa die gegen die Angeklagten im Mannesmann-Verfahren<sup>114</sup> (§ 153a StPO) haben in weiten Teilen der Bevölkerung kein Verständnis gefunden. Zu naheliegend war der Verdacht, dass sich Gericht und Staatsanwaltschaft durch die Einstellung einer lästigen und aufwändigen Aufgabe entziehen wollten. Zu fernliegend war nach den deutlichen Worten des BGH<sup>115</sup> die Annahme, die Schuld stehe einer Einstellung nicht entgegen und das öffentliche Interesse sei durch die Auflagen zu beseitigen.

Funktionalisierung zeigt sich auf dem Markt der unterschiedlichen Erledigungsmöglichkeiten zuerst in Entformalisierung<sup>116</sup>. Die schützenden Formen des Strafverfahrens werden zu lästigen Fesseln. Auf dem Weg zu dem nebulösen Ziel eines Rechtsfriedens lassen sich Formen, auf deren Einhaltung es ankommen sollte, kaum formulieren. Dementsprechend ist die jüngere Entwicklung des Strafverfahrens auch in erster Linie durch Entformalisierung gekennzeichnet.

Die stärkste Resistenz gegen eine Auflösung der Form weist noch das mit dem Urteil abschließende gerichtliche Verfahren auf. Dieses Verfahren lässt sich als Ausdruck der Überzeugung interpretieren, dass Kriminalunrecht seiner Qualität nach nur durch Strafe vollständig ausgeglichen werden kann. Die Anforderungen an die Legitimation des mit der Strafe erhobenen persönlichen Vorwurfs können

<sup>113</sup> *Meyer-Gofner*, StPO Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 153a Rn. 2.

<sup>114</sup> Dazu eingehend *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 ff.

<sup>115</sup> BGHSt 50, 331, in der amtlichen Sammlung nicht abgedruckte Teile verschärfen das Bild, BGH, JZ 2006, 560, 565.

<sup>116</sup> Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: NK, Vor § 1 Rn. 348 ff.; dazu demnächst auch *Murmann*, in: ders. (Hrsg.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*.

nur in einem am Subjektstatus des Beschuldigten orientierten Verfahren erfüllt werden<sup>117</sup>.

Doch die Anzahl der Fälle, die nach diesen Prinzipien behandelt und entschieden werden, ist gering<sup>118</sup>. Mit der Aufhebung des notwendigen rechtlichen Zusammenhangs von Verbrechen und Strafe drängt sich die Frage in den Vordergrund, wofür der Aufwand eigentlich betrieben werden muss. Wie gesagt liegt es in der Logik eines funktional verstandenen Strafrechts, dass ihm die Gründe dafür ausgehen. Und selbst wenn es zu einem Urteil kommt, werden die strengen Formen nicht selten durch die Praxis der Absprachen ausgehöhlt. Der Gesetzgeber hat der Prinzipienlosigkeit mittlerweile – durchaus konsequent – gesetzliche Form (insb. § 257c StPO) gegeben<sup>119</sup>. Dass damit die konkrete Verhandlungslage das Ergebnis diktiert und folglich der Grundsatz schuldangemessenen Strafens regelmäßig verletzt wird, liegt trotz gegenteiliger Beteuerungen des BGH – und nun auch des Gesetzgebers<sup>120</sup> – auf der Hand.

### III.

Diese wenigen Andeutungen müssen hier genügen. Ich komme zum Fazit.

Das Strafrecht mutiert in der Hand der Politik zu einem Instrument der Sozialtechnologie. Dieser Befund erschien der Wissenschaft lange Zeit als Fortschritt an Rationalität und wurde mit der Hoffnung verbunden, dass die Aufhellung präventiver Wirkmechanismen zu einem Zurückdrängen der Strafe zugunsten sozialstaatlicher Intervention und zu einem humanen Strafvollzug führen werde<sup>121</sup>.

Diese gutwilligen Hoffnungen stehen nicht nur deshalb auf schwachen Füßen, weil es wenig belastbare Erkenntnisse über präventive Effekte gibt. Vor allem sind sie an einer Politik gescheitert, die im Zeitalter globaler Bedrohungen durch organisierte Kriminalität und Terrorismus auf ein effizientes Bekämpfungsstrafrecht setzt. Die darin liegende Trivialisierung der Präventionstheorien mag man kritisieren – aber das trifft nicht den zentralen Punkt. Wesentlich erscheint mir die Einsicht, dass die Verfolgung der diversen präventiven Anliegen das Strafrecht überhaupt von den jeweiligen politischen Rahmenbedingungen abhängig macht und damit das Strafrecht der Politik ausliefert<sup>122</sup>. Wissenschaftliche Kritik steht bereits

---

<sup>117</sup> Dazu eingehend *Kahlo*, KritV 1997, 183 ff.

<sup>118</sup> Vgl. dazu mit statistischem Material *Jehle*, Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung im Strafverfahren im europäischen Vergleich, in: ders./Lipp/Yamanaka (Hrsg.), Rezeption und Reform im deutschen und japanischen Recht, 2006, S. 207 ff.

<sup>119</sup> Dazu eingehend *Murmann*, ZIS 2009, 526 ff.

<sup>120</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs 16/12310, S. 8; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs 16/11736, S. 6.

<sup>121</sup> Besonders deutlich von den Vertretern eines Präventionsstrafrechts im Rahmen der Strafrechtsreformdiskussion der Sechziger Jahre, vgl. *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 24, 36 ff.

<sup>122</sup> Nachhaltig immer wieder *Naucke*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 15 ff.; *ders.*, KritV 1990, 244 ff.; *ders.*, ZStW 94 (1982), 536 (zu Liszt).

auf verlorenem Posten, wenn sie sich auf den Boden des funktionalen Strafrechts begibt und den Fokus der Diskussion damit auf die empirische Frage nach der Effizienz strafrechtlicher Reaktionsformen richtet. So ist die präventive Wirksamkeit scharfer Strafen zumindest intuitiv einleuchtend – womit in der öffentlichen Debatte gegenläufige Relativierungen dieser Intuition von vornherein nur begrenzte Wirkungen entfalten können.

Die Kritik an einzelnen Auswüchsen eines funktionalen Strafrechts bleibt demnach kraftlos und ist letztlich selbstwidersprüchlich, wenn sie sich nicht auch gegen das herrschende Präventionsstrafrecht wendet. Beharrt die Strafrechtswissenschaft auf einer Legitimation von Strafe, die in der Rechtsperson ihren Grund und ihr Ziel hat, so muss freilich der skizzierte Begründungsaufwand betrieben werden. Es gilt als modern<sup>123</sup>, die darin liegende Verkomplizierung als Zumutung zu verstehen, die auf dem Markt der konkurrierenden Strafrechtsmodelle einen Wettbewerbsnachteil bringt<sup>124</sup>. Diese Überlegung ist ebenso richtig wie belanglos.

---

<sup>123</sup> Tatsächlich ist es freilich ein Rückfall hinter die Aufklärung; *Zaczyk*, in: Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Hrsg.), *Zum Strafrecht*, 1998, S. 6; bezogen auf die Verbandsstrafe *v. Freier*, GA 2009, 98.

<sup>124</sup> Ein Wettbewerbsnachteil, der im Übrigen verschiedentlich auch im akribischen Bemühen um dogmatische Fragen, die doch auch die Gerechtigkeit betreffen, erblickt wird; vgl. *Rotsch*, ZIS 2008, 1 ff.; dagegen treffend *Puppe*, ZIS 2008, 67 ff. Auch *Loos*, *Grenzen und Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, in: Immenga (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, S. 273 ff., zeigt die Schwierigkeiten einer sich verfeinernden Dogmatik, insbesondere im Bereich der subjektiven Deliktsmerkmale, auf, hält aber das Dilemma letztlich für nicht auflösbar und macht damit sehr deutlich, dass die Lösung jedenfalls nicht auf Kosten des aus Sachgründen für richtig gehaltenen Ergebnisses gehen kann.



# Verzeichnis der Herausgeber und Autoren

*Ambos, Kai*, Richter am LG Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

*Dölling, Dieter*, Prof. Dr., Institut für Kriminologie, Juristische Fakultät, Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

*Duttge, Gunnar*, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

*Geppert, Klaus*, Prof. Dr. (em.), Juristische Fakultät, Freie Universität Berlin, Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin

*Jakobs, Günther*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. (em.), Rechtsphilosophisches Seminar, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

*Jehle, Jörg-Martin*, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

*Koriath, Heinz*, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtslehre, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Universität der Saarlandes, Campus C3.1, 66123 Saarbrücken

*Kracke, Ralf*, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht, Fachbereich Rechtswissenschaften, Universität Osnabrück, Heger-Tor-Wall 14, 49078 Osnabrück

*Maimwald, Manfred*, Prof. Dr. (em.), Institut für Kriminalwissenschaften, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

*Murmann, Uwe*, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für Strafrecht und Strafprozessrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

*Radtke, Henning*, Richter am OLG Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und internationales Strafrecht, Juristische Fakultät, Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover

Der vorliegende Band enthält die auf dem Kolloquium am 25. April 2009 von Klaus Geppert, Ralf Krack und Günter Jakobs gehaltenen Vorträge und wird ergänzt durch Beiträge, die frühere und jetzige Göttinger Kollegen von Fritz Loos zu seinen Ehren verfasst haben. Die einzelnen Aufsätze versuchen mit den Generalthemen Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und der (unendlichen) Reform der Juristenausbildung einen Teil der Arbeitsschwerpunkte des Jubilars abzudecken. Mit dem Tagungsband verfolgen die Herausgeber das Anliegen, den Lehrer und Wissenschaftler Fritz Loos in möglichst vielen Facetten seiner Person zu würdigen und als seine akademischen Schüler Dank zu sagen für die Förderung, die er uns hat zukommen lassen.



ISBN: 978-3-941875-80-7  
ISSN: 1864-2136

Universitätsverlag Göttingen