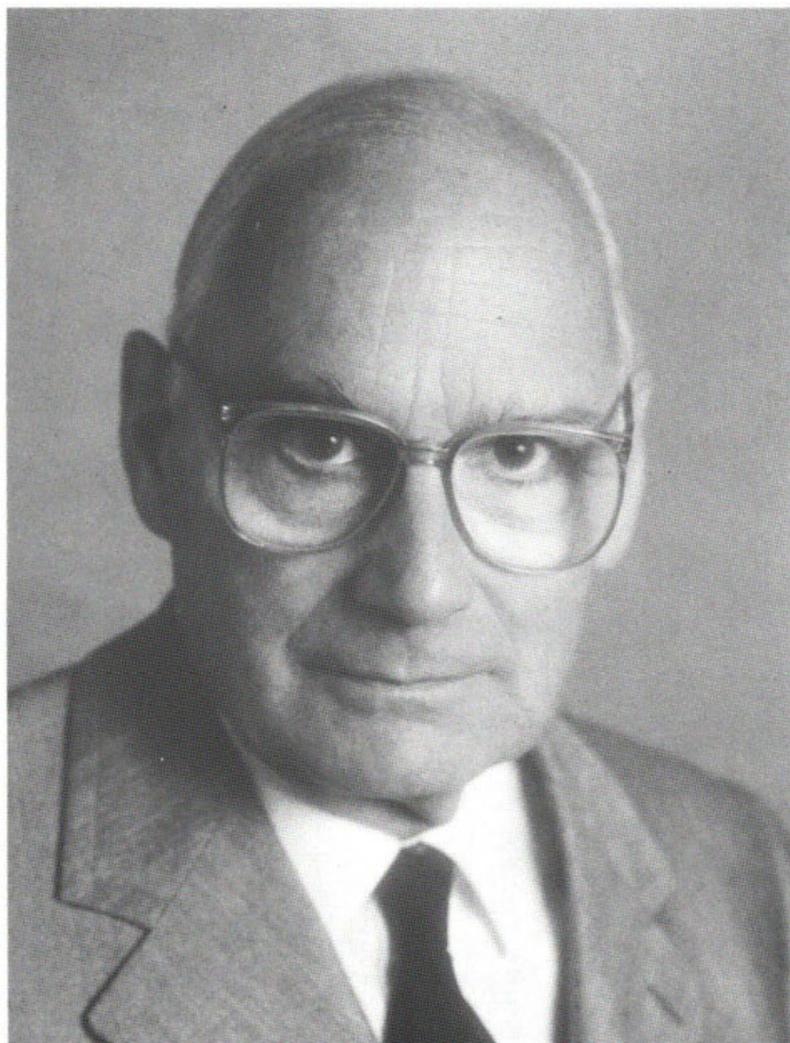


Festschrift für Karl Lackner
zum 70. Geburtstag



Karl Conkner

Festschrift für
KARL LACKNER
zum 70. Geburtstag
am 18. Februar 1987

herausgegeben

von

Wilfried Küper

in Verbindung mit

Ingeborg Puppe und Jörg Tenckhoff



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktionelle Mitarbeit: Wilhelm Römer und Gerhard Werle

Gedruckt mit Unterstützung
des Ministeriums für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg
und der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

Gedruckt auf säurefreiem Papier
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Festschrift für Karl Lackner zum 70. [siebzigsten] Geburtstag am 18. Februar 1987 /
hrsg. von Wilfried Küper in Verbindung mit
Ingeborg Puppe u. Jörg Tenckhoff – Berlin ;
New York : de Gruyter, 1987.
ISBN 3-11-010461-X
NE: Küper, Wilfried [Hrsg.]; Lackner, Karl:
Festschrift

©

Copyright 1987 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

KARL LACKNER
zum 18. Februar 1987
dargebracht von

GUNTHER ARZT, GÜNTER BEMMANN, HANS-JÜRGEN BRUNS, CHRISTOS DEDES, EDUARD DREHER, UDO EBERT, ALBIN ESER, WOLFGANG FRISCH, GERD GEILEN, ROLF DIETRICH HERZBERG, THOMAS HILLENKAMP, HANS JOACHIM HIRSCH, GÜNTER JAKOBS, HANS-HEINRICH JESCHECK, GÜNTER KAISER, ARTHUR KAUFMANN, MICHAEL KÖHLER, HERMANN KRAUTH, JUSTUS KRÜPELMANN, KRISTIAN KÜHL, WILFRIED KÜPER, WINRICH LANGER, HEINZ LEFERENZ, THEODOR LENCKNER, MANFRED MAIWALD, WOLFGANG NAUCKE, HARRO OTTO, KARL PETERS, INGEORG PUPPE, PETER RIESS, CLAUS ROXIN, HANS-JOACHIM RUDOLPHI, FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, EBERHARD SCHMIDHÄUSER, RUDOLF SCHMITT, HEINZ SCHÖCH, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, HANS SCHULTZ, JOACHIM SCHULZ, BERND SCHÜNEMANN, GÜNTER SPENDEL, WALTER STREE, FRANZ STRENG, JÖRG TENCKHOFF, KLAUS TIEDEMANN, HERBERT TRÖNDLE, JÜRGEN WELP, GERHARD WERLE, JOHANNES WESSELS, GÜNTER WILLMS

Inhalt

EDUARD DREHER, Dr. jur., Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz a. D., Bonn: Karl Lackner zum 70. Geburtstag	1
*	
MICHAEL KÖHLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg: Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. – Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der Hegelschen Rechtsphilosophie	11
JOACHIM SCHULZ, Dr. jur., Professor an der Universität Heidelberg: Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung. – Zur Fassung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung	39
GÜNTHER JAKOBS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn: Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Straf- recht	53
EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Hamburg: Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht	77
THEODOR LENCKNER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB	95
WOLFGANG FRISCH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim: Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungsele- ments	113
MANFRED MAIWALD, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen: Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff	149
GÜNTER SPENDEL, Dr. jur., o. Professor an der Universität Würzburg: Zum Begriff des Vorsatzes	167
ARTHUR KAUFMANN, Dr. jur., Dr. h. c., o. Professor an der Universität München: Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum	185

INGEBORG PUPPE, Dr. jur., Professor an der Universität Bonn: Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses	199
WILFRIED KÜPER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Heidelberg: Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt	247
JUSTUS KRÜPELMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz: Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation	289
CLAUS ROXIN, Dr. jur., Dr. h. c., o. Professor an der Universität München: Bemerkungen zur actio libera in causa	307
ROLF DIETRICH HERZBERG, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bochum: Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. – Von der Strafzwecklehre zur Schuld erfülltungstheorie	325
BERND SCHÜNEMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim: Die Regeln der Technik im Strafrecht	367
*	
UDO EBERT, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz: Talion und Spiegelung im Strafrecht	399
JOHANNES WESSELS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Münster: Zur Indizwirkung der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle einer Straftat	423
HANS-JÜRGEN BRUNS, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg: Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten (§ 323 a StGB)	439
THOMAS HILLENKAMP, Dr. jur., o. Professor an der Universität Osnabrück: Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe	455
*	
GÜNTHER WILLMS, Dr. jur., Professor, Bundesrichter a. D., Ettlingen: Zur strafrechtlichen Absicherung von Organisationsverboten	471

GERHARD WERLE, Dr. jur., Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Heidelberg: Die „Teilnahme“ am Landfriedensbruch und der Landfriedensbruch durch Vermummung oder Schutzbewaffnung (§ 125 Abs. 1 und 2 StGB) .	481
FRANZ STRENG, Dr. jur., Professor an der Universität Heidelberg: Das Unrecht der Volksverhetzung	501
WALTER STREE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Münster: Täuschung über einen Tatbeteiligten nach § 145 d Abs. 2 Nr. 1 StGB	527
WINRICH LANGER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Marburg: Verdachtsgrundlage und Verdachtsurteil. – Zum Begriff des „Verdächtigen“ gemäß § 164 StGB	541
GERD GEILEN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bochum: Bedingter Tötungsvorsatz bei beabsichtigter Ermöglichung und Verdeckung einer Straftat (§ 211 StGB)?	571
HANS JOACHIM HIRSCH, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln: Behandlungsabbruch und Sterbehilfe	597
RUDOLF SCHMITT, Dr. jur., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br.: Reform der Reform des § 237 StGB?	621
HERBERT TRÖNDLE, Dr. jur., Präsident des Landgerichts a. D., Waldshut-Tiengen, Honorarprofessor an der Universität Freiburg i. Br.: Ein Plädoyer für die Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB	627
GUNTHER ARZT, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bern: Zwischen Nötigung und Wucher	641
FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Regensburg: Die Bedrohung mit Verbrechen	665
JÖRG TENCKHOFF, Dr. jur., Professor an der Universität Augsburg: Eingehungs- und Erfüllungsbetrug	677
WOLFGANG NAUCKE, Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.: Der Kleinbetrug	695
HARRO OTTO, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bayreuth: Schadenseintritt und Verjährungsbeginn	715

KLAUS TIEDEMANN, Dr. jur., Dr. h. c., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br.:	
Gründungs- und Sanierungsschwindel durch verschleierte Sacheinlagen .	737
JÜRGEN WELP, Dr. jur., o. Professor an der Universität Münster:	
Der Amtsträgerbegriff	761
CHRISTOS DEDES, Dr. jur., o. Professor an der Universität Athen:	
Probleme der Amtsdelikte	787
FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Göttingen:	
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Miß- brauch von Vollzugslockerungen	795
KRISTIAN KÜHL, Dr. jur., Dr. phil., o. Professor an der Universität Gießen:	
Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht	815
HANS-JOACHIM RUDOLPHI, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn:	
Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungs- bescheid	863
*	
HANS SCHULTZ, Dr. jur., Dr. h. c., em. o. Professor an der Universität Bern:	
Probleme einer Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches	889
HANS-HEINRICH JESCHECK, Dr. jur., Dr. h. c. mult., em. o. Professor an der Universität Freiburg i. Br., em. Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.:	
Das Strafsystem des Vorentwurfs zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches in rechtsvergleichender Sicht	901
ALBIN ESER, Dr. jur., M. C. J., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und interna- tionales Strafrecht, Freiburg i. Br.:	
Der Forscher als „Täter“ und „Opfer“. – Rechtsvergleichende Beobach- tungen zu Freiheit und Verantwortlichkeit von Wissenschaft und Tech- nologie	925

KARL PETERS, Dr. jur., Dr. h. c., em. o. Professor an der Universität Tübingen: Gedanken zur „Normalität des Verbrechens“. – Ein Beitrag zur Ethik des Strafverfahrens	951
PETER RIESS, Dr. jur., Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz, Bonn, Honorarprofessor an der Universität Göttingen: Hauptverhandlungsreform – Reform des Strafverfahrens? – Bemerkungen zum Alternativ-Entwurf einer Novelle zur Strafprozeßordnung – Reform der Hauptverhandlung	965
HEINZ SCHÖCH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen: Wird in der Bundesrepublik Deutschland zu viel verhaftet? – Versuch einer Standortbeschreibung anhand nationaler und internationaler Statistiken	991
HEINZ LEFERENZ, Dr. jur., Dr. med., em. o. Professor an der Universität Heidelberg: Die neuere Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage. – Eine kritische Betrachtung	1009
GÜNTHER KAISER, Dr. jur., Professor an den Universitäten Freiburg i. Br. und Zürich, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.: Abolitionismus – Alternative zum Strafrecht? – Was läßt der Abolitionismus vom Strafrecht übrig?	1027
GÜNTER BEMMANN, Dr. jur., Dr. h. c., o. Professor an der Fernuniversität Hagen: Über den Angleichungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 StVollzG	1047
HERMANN KRAUTH, Dr. jur., Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Mehrere Straftaten in verschiedenen Alters- und Reifestufen. – Zur Problematik des § 32 JGG, namentlich in Fällen der Schwerekriminalität ..	1057
*	
Bibliographie KARL LACKNER	1081

Karl Lackner zum 70. Geburtstag

EDUARD DREHER

Noch war eine Aura von Jugendlichkeit um ihn, als ich den Mann, den es jetzt zur Vollendung seines 70. Lebensjahres zu feiern gilt, kennenlernte. Das war genau am 1. 10. 1951, als ich meinen Dienst im Bundesjustizministerium in Bonn antrat. *Karl Lackner* und *Hermann Maassen*, die beide schon dort tätig waren, jener schon fast ein Jahr, nahmen mich mit kollegialer Herzlichkeit in Empfang. In der Folgezeit haben wir in der strafrechtlichen Abteilung des Ministeriums, wo wir damals nur eine Handvoll Leute waren, vortrefflich zusammengearbeitet.

Trotz seiner jugendlichen Ausstrahlung hatte *Lackner* damals schon ein ereignisreiches Stück seines Lebensweges hinter sich. Geboren ist er in Maikammer, wo Pfälzer Wein wächst, am 18. 2. 1917. Vom ersten Weltkrieg wurde er danach nur gestreift. Sein Vater war zuletzt Oberamtsanwalt. Der Sohn stand also schon im Zeichen des Strafrechts. Der junge *Lackner* besuchte Schulen in Bochum und Bonn und begann nach gut bestandenem Abitur 1936 mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Sechs Semester studierte er in Bonn und München und es gelang ihm, die erste Staatsprüfung noch am Anfang des zweiten Weltkrieges mit „lobenswert“ unter Dach und Fach zu bringen. Das war am 13. 12. 1939. Dann erfaßte ihn der Wehrdienst. Vom 10. 1. 1940 an war *Lackner* Soldat, seit 1942 als Leutnant. In Frankreich, aber vor allem in Rußland und zuletzt noch in Dänemark, tat er Dienst bei der Flakartillerie. Im Juli 1945 wurde er aus der Kriegsgefangenschaft entlassen. Nach diesen bitteren Jahren, in denen *Lackner* formell Gerichtsreferendar und sogen. Assessor (K) wurde, begann er sofort mit dem Vorbereitungsdienst, den er am 12. 2. 1948 mit der zweiten Staatsprüfung abschloß. Die Note war „gut“. Schon wesentlich früher, nämlich am 1. 8. 1946, also bereits nach einem Jahr seit seiner Entlassung aus der Kriegsgefangenschaft, promovierte *Lackner* in Bonn, und das „magna cum laude“, eine erstaunliche Leistung. Mit seiner Dissertation über „Vermögen und Vermögensbeschädigung in der Betrugstheorie des Reichsgerichts“ nahm der Doktorand schon ein Thema vorweg, das ihn später noch sehr intensiv beschäftigen sollte. Sein Doktorvater war der unvergessene *Hellmuth von Weber*, bei dem *Lackner* bis Mai 1948 zur besonderen Zufriedenheit seines Lehrers assistierte. Dann wurde er Gerichtsassessor und arbeitete

bei den Landgerichten Bonn und Köln sowie am dortigen Oberlandesgericht. Aber schon am 1. November 1950 wurde er zum Landgerichtsrat ernannt und gleichzeitig an das Bundesjustizministerium abgeordnet. Kurz vorher, am 15. 7. 1950, hatte er geheiratet.

Das waren seine äußeren Lebensdaten, als ich ihn zu gemeinsamer Arbeit traf. Es war das die Zeit, als das neue Jugendgerichtsgesetz im Entstehen war. Hier war *Lackners* Feld. Es gab Besprechungen mit den Landesjustizverwaltungen, laufend Beratungen in den Ausschüssen des Bundestages. Manche Vorschriften waren heiß umstritten, so der intricate §105, dessen weiterhin viel diskutierte Regelung im System des neuen Jugendstrafrechts kaum verzichtbar erschien, aber ideale Forderungen niemals erfüllen konnte. Im gesamten Entwurf war *Lackner* zuhause und es war ihm gelungen, bei den Bundestagsabgeordneten aller Parteien Vertrauen und Ansehen zu erwerben. Er erläuterte auch diffizile Materien klar und präzise und die Abgeordneten erkannten schnell, daß hier einer war, der niemals versuchte, sie mit taktischen Tricks zu überlisten. Das neue Gesetz vom 4. 8. 1953 wurde ein im ganzen beachtlicher, nicht zuletzt auch im Ausland beachteter Erfolg. Zur wissenschaftlichen Krönung seiner intensiven Arbeit wurde der Kommentar, den *Lackner* dann gemeinsam mit *Wilhelm Dallinger*, dem damaligen Prozessualisten unserer strafrechtlichen Abteilung, schrieb. Er erschien 1955 im Verlag von C. H. Beck, der fast alle Autoren aus dem Bundesjustizministerium betreut, in großem Format mit einem eingehenden historischen Apparat. 1958 folgten noch zwei Nachtragsbände, die sich mit der inzwischen angefallenen Rechtsprechung zum Jugendgerichtsgesetz und dem neuen Wehrstrafrecht des Gesetzes befaßten. 1965 erschien die zweite Auflage des Kommentars, diesmal im Umfang verkürzt und in die Reihe der Beckschen Kurzkommentare eingefügt. Zu weiteren Auflagen ist es leider nicht mehr gekommen. Das war nicht *Lackners* Schuld, sondern lag an seinem Mitautor. Trotzdem blieb das nicht nur aus der intimen Kenntnis der Entstehungsgeschichte geborene, sondern mit wissenschaftlicher Akribie und kriminalpolitischem Impetus geschriebene Buch richtungsweisend für die reichhaltige spätere Literatur zum Jugendstrafrecht. Dieses blieb auch für den Autor weiterhin ein Bereich persönlicher Zuneigung und besonderen fachlichen Interesses.

Ein ganz anderes Gebiet, mit dem sich einige Sachbearbeiter des Ministeriums, darunter auch *Lackner* und ich, zu befassen hatten, war das Wehrstrafrecht. Die Bildung der Bundeswehr machte es nötig, auch ein auf das Bild der neuen Truppe und ihre Funktionen zugeschnittenes spezifisches Wehrstrafgesetz zu schaffen, das auf der Grundlage des allgemeinen Strafrechts aufbaute, auf frühere gesetzliche Vorbilder aber nur beschränkt zurückgreifen konnte. Es war eine gemeinsame Arbeit

des Bundesjustiz- und des Bundesverteidigungsministeriums. Nach Anhörung von Experten wurde sehr zügig ein Entwurf des Gesetzes erarbeitet und in den parlamentarischen Ausschüssen verhältnismäßig glatt durchgebracht. Nach der Verkündung des Gesetzes am 30. 3. 1957 entschloß ich mich, gemeinsam mit einem Referenten des Verteidigungsministeriums einen Kommentar dazu zu schreiben. Ich machte mich fleißig an die Arbeit, aber, als ich mit meinem Teil schon fast fertig war, gestand mir mein Partner, daß er noch so gut wie nichts geschrieben habe und sich der Aufgabe nicht gewachsen fühle. In dieser Notlage wandte ich mich an meine Kollegen *Lackner* und *Georg Schwalm*, die sich auch bereit erklärten, eine Reihe von Vorschriften des noch ausstehenden Teils zu kommentieren. Beiden, die eine vorzügliche Arbeit geleistet haben, bin ich zu großem Dank verpflichtet. Denn nur ihrem kollegialen Einspringen war es zu verdanken, daß der Kommentar, ebenfalls bei C.H. Beck, 1958 erscheinen konnte. Zu einer zweiten Auflage kam es erst viel später, nämlich 1975 unter der alleinigen Bearbeitung durch *Joachim Schölz*.

Im Ministerium hatten längst die Arbeiten an der großen Strafrechtsreform begonnen, an denen *Lackner* von Anfang an bis zum Beginn der Beratungen im Bundestag in vorderster Front beteiligt war. Ich kann mich nicht erinnern, daß er je bei einer der zahlreichen Tagungen der Großen Strafrechtskommission gefehlt hätte, die fünf Jahre, von 1954 bis 1959, in Anspruch nahmen. Gewichtige Themenkomplexe hatte er dabei zu betreuen. Ich möchte nur einige nennen, so das Verkehrsstrafrecht, das *Lackner* auch als Referent bearbeitete und das ihm stets ein Gegenstand besonderen Interesses geblieben ist, ferner das Recht der Beleidigung, dem u. a. der neue Tatbestand eines Indiskretionsdelikts eingefügt werden sollte, sowie das Sexualstrafrecht, das sich zwar in der Sache in überkommenen Bahnen hielt, aber doch neue systematische Ansätze brachte, die bei der späteren Reform verwertet werden konnten. Auch rein dogmatische Themen wurden *Lackner* anvertraut. So hielt er über die delikate Rechtsfigur der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ein exzellentes Referat, das ihm bei den Theoretikern der Kommission höchstes Lob einbrachte.

An deren Beratungen schloß sich noch bis Januar 1962 die Arbeit einer von den Landesjustizverwaltungen ins Leben gerufenen eigenen Kommission an, die den vorläufigen Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches gründlich diskutierte. Auch dabei war *Lackner* in breitem Umfang beteiligt. Die Tätigkeit dieser Länderkommission brachte zwar manche wertvolle Erkenntnisse, bedeutete aber letztlich einen erheblichen Zeitverlust für das Reformwerk. So kam es auch, daß die Beratung des 1962 eingebrachten Entwurfs eines neuen Strafgesetzbuches, an dessen Begründung *Lackner* einen wesentlichen Anteil hatte, im Sonderaus-

schoß für die Strafrechtsreform des Bundestages noch in ihren Anfängen stand, als den damaligen Ministerialrat der Ruf nach Heidelberg erreichte. Sein Weggang war auch für den Ausschuß, aber vor allem für das Ministerium selbst ein herber Verlust. Er war eine Spitzenkraft. Alle Minister, unter denen er gearbeitet hatte, von *Thomas Dehler* angefangen, schätzten ihn nicht nur als Juristen, sondern auch als Menschen sehr hoch. Diese Wertschätzung war auch in *Lackners* Karriere zum Ausdruck gekommen. Schon zweieinhalb Jahre nach seinem Eintritt in das Ministerium wurde er zum Oberregierungsrat ernannt; drei Jahre später folgte 1956 die Beförderung zum Regierungsdirektor und bereits 1957 die zum Ministerialrat. Diese Karriere war innerhalb des Ministeriums allenthalben von warmer Sympathie begleitet. *Lackner* war beliebt. So sah man ihn mit größtem Bedauern ziehen. Aber wir alle hatten Verständnis, daß er das reizvolle Angebot eines Lehrstuhls annahm, der durch so klangvolle Namen wie *Gustav Radbruch*, *Eberhard Schmidt* und *Paul Bockelmann* ausgezeichnet war.

So wurde denn *Lackner* nach einer Tätigkeit von rund dreizehn Jahren im Bundesjustizministerium am 1. 10. 1963 zum ordentlichen Professor an der Universität Heidelberg ernannt. Damit begann in seinem Berufsleben der zweite große Abschnitt, der mit der Emeritierung am 1. 10. 1982, also fast zwanzig Jahre später, nur einen formalen Abschluß fand. *Lackner* hat Heidelberg über die ganze Zeit hinweg die Treue gehalten. Einen Ruf nach Hamburg, der 1970 an ihn erging, hat er abgelehnt.

Als man *Lackner* nach Heidelberg holte, wußte man dort auch, wen man da gewann. In der Begründung seiner Berufung wurde schon das „hohe Ansehen“ betont, das er sich „in den Kreisen der Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft des In- und Auslandes“ verschafft habe. Das Fehlen der Habilitation hat bei der Berufung eines solchen Mannes mit Recht keine Rolle gespielt. *Lackner* hat denn auch die Erwartungen, die man in ihn setzte, nicht enttäuscht, sondern übertroffen. Sowohl als Lehrer als auch als Wissenschaftler hat er Hervorragendes geleistet. Ich habe zwar nie eine Vorlesung von ihm gehört, war aber anderweit und bis in die letzte Zeit oft genug dabei, wenn er sprach, und kann beurteilen, was er seinen Studenten zu bieten hatte. *Lackner* ist ein Redner und Darsteller von großem Format. Dabei besticht er nicht durch rhetorische Brillanz, sondern durch Präzision und Transparenz. Er versteht es, vor seinen Zuhörern ein dunkles dogmatisches Dickicht in einen lichten Garten mit wohlgebahnten Wegen zu verwandeln. Die Geheimnisse des Strafgesetzbuches konnte er mit verständlicher Klarheit vor seinen Hörern ausbreiten. Nicht genug mit den Vorlesungen. Auch in seinen Übungen und vor allem in seinen Seminaren mit vorgerückten Studenten bewies der Jubilar ein außergewöhnliches Engagement, wobei

er immer neue Methoden und Formen erprobte. Sowohl im materiellen als auch im prozessualen Recht veranstaltete er unter erheblichem Aufwand Planspiele verschiedener Art. Dabei beschränkte er sich häufig auf intensivste Vorbereitung und trat dann bei der Veranstaltung selbst zurück, um die Teilnehmer zu eigener Aktivität anzureizen. So ließ er einmal in seinem Seminar eine Gruppe von Studenten einen Gesetzausschuss bilden, der einen Reformentwurf für die Tötungsdelikte auszuarbeiten hatte. Die Arbeit fand auch ihren literarischen Niederschlag. Seminare solcher Art dauerten dann, bis das letzte Problem ausdiskutiert war und die Uhr auf Mitternacht ging.

Auch sonst zeigte sich *Lackner* im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern und Studenten als ein Mann, dem es nicht darauf ankam, selbst zu glänzen, sondern die ihm Anvertrauten zu fördern und ihnen die Möglichkeit zu geben, sich in der Richtung ihrer Begabung zu entwickeln. Gegenüber ihren Anliegen zeigte er sich aufgeschlossen und so waren seine Sprechstunden stets gut besucht. Auch in der Zeit, in der es manche Studenten für progressiv hielten, anstelle von Argumenten Eier und ähnliche Gegenstände zu verwenden, hielt sich *Lackner* unerschrocken. Für die Art, wie er den Studenten gegenübertrat, ist folgende Schilderung charakteristisch, die *Ingeborg Puppe*, Lackners spätere Habilitandin, von ihrem ersten Zusammentreffen mit dem Jubilar gegeben hat:

„Ich war mit einer Kommilitonin im Foyer der sog. ‚neuen Uni‘ verabredet und traf sie in einem angeregten Gespräch mit einem, aus meiner damaligen Perspektive, älteren Herrn. Der stellte sich dann als Prof. *Lackner* heraus, der gerade ... sein neues Lehramt angetreten hatte. Es ging um die Situation der heutigen Jurastudenten, insbesondere die Schwierigkeiten und Nöte der Examenskandidaten. Ich schaltete mich unbefangen in das Gespräch ein. Herr *Lackner* verglich die heutige Situation mit seiner eigenen Studentenzeit und meinte, daß wir es in vieler Hinsicht schwerer hätten. Er berichtete aus seinen Erfahrungen als Prüfer, insbesondere im mündlichen Examen. Vor allen Dingen aber wollte er von uns, unseren Schwierigkeiten bei der Stoffbewältigung und unserer psychologischen Situation vor und im Examen hören. Es klingelte zur nächsten Vorlesungsstunde; als es dann zur nächsten Pause klingelte, standen wir drei immer noch am gleichen Platz. Prof. *Lackner* hatte sich eine volle Stunde mit den beiden Studentinnen unterhalten.“

So hat der Jubilar auch als Lehrer schöne Erfolge aufzuweisen. Davon zeugen die zwei Habilitationen (*Ingeborg Puppe* und *Jörg Tenckhoff*) und die zehn Promotionen zwischen 1968 und 1983, die unter seiner Leitung zustande gekommen sind.

Ein hervorragender Lehrer, aber ein nicht minder erfolgreicher Mann der Wissenschaft. Was *Lackner* mit seinen schon erwähnten Arbeiten begonnen hatte, setzte er in Heidelberg fruchtbar und unermüdlich fort, so daß er im Jahre seines großen Geburtstages auf eine reiche Ernte an

Publikationen zurückblicken kann. Da ist zuerst das Buch zu nennen, das unter dem Namen „Der Lackner“ von allen Juristen gekannt und geschätzt wird. Es ist aus einer Textausgabe des Strafgesetzbuches mit Erläuterungen hervorgegangen, die der spätere Staatssekretär im Bundesjustizministerium *Hermann Maassen* und ich im Jahre 1954 bei C. H. Beck herausgebracht hatten. Wir kamen aber über die 3. Auflage nicht hinaus, weil ich den Kommentar des verstorbenen Reichsgerichtsrats *Schwarz* übernahm und mich nicht länger an dem kleinen Buch beteiligen konnte. *Maassen* fand dann in *Lackner* einen neuen Partner, der ab der 6. Auflage die Arbeit allein besorgte und das Buch ab der 9. Auflage auch unter seinem alleinigen Namen weiterführte, weil *Maassen* infolge seiner wachsenden dienstlichen Inanspruchnahme die Mitarbeit aufgeben mußte. In der Folge hat *Lackner* aus dem bescheidenen Büchlein einen echten Kommentar gemacht, auch wenn er völlig verfehlt noch immer die ursprüngliche Bezeichnung trägt. Und was für ein Kommentar ist da entstanden! Theoretische Tiefe und praktischer Blick sind hier eine ideale Verbindung eingegangen. Auf einem verhältnismäßig engen Raum ist zu allen wesentlichen Fragen Fundiertes und Selbständiges in einer systematischen Klarheit gesagt, die das Buch nicht zuletzt zu einem erstklassigen Lehrinstrument für Studenten macht. Jeder, der weiß, wie schwer es ist, auf kleinem Raum das Wesentliche zu schreiben, kann *Lackners* Leistung nur bewundern. Ich selbst, dem im eigenen Kommentar ein um einiges größerer Raum zur Verfügung stand, habe oft mit solcher Bewunderung in einer Neuauflage des *Lackner* gelesen, was er da wieder mit wissenschaftlichem Tiefgang zustande gebracht hatte.

Seine vierte große Leistung als Kommentator lieferte *Lackner* als Mitarbeiter an der 9. Auflage des wieder ins Leben gerufenen Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch. Er bearbeitete für diese und die folgende Auflage zwischen 1970 und 1983 die Komplexe Betrug und Erpressung. Hier zeigte sich glänzend, was *Lackner* kann, wenn ihm unbeschränkter Raum zur Verfügung steht. Was er da allein zum Betrug schrieb, der ja schon Thema seiner Dissertation war, stellt mit mehr als 300 Seiten eine Monographie dar, die ihresgleichen sucht. Der scheinbar so klassische Tatbestand des Betruges liefert eine Überfülle an diffizilen und intrikaten, alten und neuen Problemen. Man braucht dafür nur einerseits die Stichwörter Täuschung, Vermögen, Schaden und andererseits die Scheckkarte und ähnliche Erscheinungen zu nennen. *Lackner* geht der gesamten Problematik bis in ihre letzten Verästelungen nach und weiß überall überzeugende oder doch beeindruckende Lösungen zu finden. Sehr zu Recht wird seine Arbeit, vor allem auch in der Rechtsprechung, immer wieder zitiert. Seine Ausführungen zu den §§ 253 ff StGB stehen denen zum Betrug in ihrer hohen Qualität keineswegs nach.

Um die vier Kommentare, die allein schon *Lackners* herausragenden Ruf hätten begründen können, rankt sich ein eindrucksvoller Kranz größerer und kleinerer Arbeiten, Aufsätze, Vorträge, Festschriftbeiträge, Urteilsanmerkungen, Buchbesprechungen und anderes mehr. Das dieser Festschrift beigefügte Schriftenverzeichnis nennt insgesamt mehr als 120 Titel. Thematisch geht es bei den Arbeiten vorwiegend einerseits um Jugendstrafrecht, Verkehrsstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Recht der Ordnungswidrigkeiten, andererseits aber um Ehebruch, Sexualdelikte, Abtreibung und Tötungsdelikte. Ich kann diese Arbeiten nicht im einzelnen würdigen, möchte aber doch vier herausgreifen, die mich persönlich besonders beeindruckt haben. Da ist einmal das Plädoyer, das *Lackner* in der Festschrift für Gallas zur Verteidigung des § 13 StGB gegen den scharfen Angriff von *Stratenwerth* gehalten hat. Da ist zweitens die fundierte Kritik, die er an der Neuregelung des Abtreibungsrechts durch das 15. StrÄG 1976 übte. Drittens möchte ich den Beitrag zur Leferenz-Festschrift nennen, in dem *Lackner* anhand der Problematik der Aussetzung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mehrfachtätern eine Fehlleistung des Gesetzgebers in der Folge einer m. E. fragwürdigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit aller Klarheit aufdeckt. Schließlich möchte ich *Lackners* Beitrag zur Kleinknecht-Festschrift hervorheben, wo er sich mit neuen Strömungen um die Begriffe von Schuld und Zweck der Strafe eingehend und erhellend befaßt.

Es kann nicht verwundern, daß ein Mann von *Lackners* Rang zu zahlreichen ehrenvollen Funktionen herangezogen wurde, Aufgaben, die er jeweils mit sorgfältigem Engagement erfüllte. So war er Dekan seiner Fakultät, war Mitglied und zeitweise stellvertretender Vorsitzender des Großen Senats seiner Universität, war Prüfer in verschiedenen Gremien. Er steht, nachdem er zunächst lange Zeit Mitglied gewesen war, dem Kuratorium und dem Fachbeirat des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Recht mit allseitig anerkannter Energie seit vielen Jahren vor. *Lackner* ist seit langem Gast der Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes. In einer Reihe von Zeitschriften ist er ständiger Mitarbeiter. Es ließen sich noch mehr Funktionen nennen, die *Lackner* ausübte oder noch ausübt. Meine Aufzählung zeigt aber schon hinreichend, welch gesuchter und vielbeschäftigter Mann der Jubilar, auch über seine Emeritierung hinaus, ist.

Geht man der Frage nach, was ihn besonders auszeichnet und wie er den Rang erreichte, der ihm zukommt, so meine ich, neben einem immensen Fleiß, ohne den solche Leistungen nicht möglich sind, vor allem zwei Aspekte hervorheben zu sollen. Der erste, den ich schon angedeutet habe, ist: *Lackner* verkörpert eine geglückte Harmonie zwischen Theorie und Praxis. Wie ein Blick auf seine Arbeiten zeigt, hat er

sich nie für reine Dogmatik interessiert. Bloßes Abstrahieren ist ihm fremd. Doch ist er ein hervorragender Dogmatiker, und das nicht zuletzt deshalb, weil er immer die Praxis im Blick hat. Was ihn fesselt, ist, wie das Recht die Wirklichkeit bewältigt. Er ist ein hervorragender Praktiker, aber gerade deshalb, weil er seine Praxis mit einer in die Tiefe gehenden Dogmatik untermauert. Das zeigen alle seine Arbeiten, in denen sich mit dem Sinn für das Konkrete auch ein starkes kriminalpolitisches Engagement verbindet, etwa im Jugendstrafrecht oder bei der Abtreibungsproblematik.

Der zweite Aspekt ist der folgende: Für *Lackner* ist es charakteristisch, das Pro und Contra einer Zweifelsfrage mit Gelassenheit und einem Höchstmaß an Objektivität und Gründlichkeit abzuwägen und schließlich zu entscheiden. Er ist kein leidenschaftlicher Dränger, der die Argumente seiner Gegner vom Tisch wischt. Mir sagte einmal ein prominenter Strafrechtslehrer von einem anderen prominenten, dieser halte seine Gegner nicht etwa nur für dumm, sondern für böseartig. Ganz anders *Lackner*. Er nimmt die Argumente Andersdenkender, auch wenn sie abwegig zu sein scheinen, stets ernst, sucht sich in die Position des anderen hineinzudenken und setzt sich sorgfältig mit ihm auseinander. Gerade diese Eigenschaft gibt seinem Votum dann am Ende besonderes Gewicht. Auch dabei geht *Lackner* vorsichtig und behutsam vor. Ein Beispiel ist bezeichnend für seine Arbeitsweise. Als das 3. Strafrechtsreformgesetz die Neufassung des § 113 StGB mit ihrer komplizierten und ungewöhnlichen Regelung des Irrtums über die Rechtmäßigkeit einer Amts- oder Diensthandlung brachte, wollte sich *Lackner* in der schon allein von ihm bearbeiteten 6. Auflage seines Kommentars hinsichtlich der dogmatischen Deutung der neuen Regelung nicht festlegen, sondern beschränkte sich auf den Satz: Die „dogmatische Einordnung in den Verbrechenbau ist der Wissenschaft als neue, bisher noch nicht in Angriff genommene Aufgabe gestellt.“ Erst allmählich tastete sich der Autor in den folgenden Auflagen an diese Aufgabe heran. Heute kann man in der jüngsten Auflage eine ausführliche und kritische Darstellung aller bisher vertretenen Meinungen lesen sowie *Lackners* eigenen Standpunkt, wobei er aber betont, daß die Regelung des Gesetzes Friktionen mit allgemeinen strafrechtlichen Prinzipien bringe, jedoch nach den Zielsetzungen des Gesetzes zu akzeptieren sei. Der Praktiker stellt die Bedenken des Dogmatikers zurück.

So rundet sich das Bild eines Mannes, der zu den führenden Köpfen der deutschen Strafrechtswissenschaft gehört, und man darf von ihm sagen: Er hat sich um das Recht verdient gemacht. *Lackners* wissenschaftliche Leistung verbindet sich mit einem glücklichen Naturell. Das eine ist ohne das andere nicht denkbar. Der Ausgeglichenheit seines Arbeitens entspricht die Harmonie seines Charakters. Er hält sich immer

in Balance. Er ist aufgeschlossen und aufnahmefähig, teilnehmend und hilfsbereit, herzlich und liebenswürdig. Seine Frau ist dem Jubilar mit Weltoffenheit, Charme und Energie eine unentbehrliche Gefährtin. Zwei hochbegabte Söhne sind die Freude der Eltern. Alle Voraussetzungen für weitere glückliche Jahre, die man sich scheut, den Abend des Lebens zu nennen, sind gegeben. Mögen sie Früchte tragen und Freuden bringen.

Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis

Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden
der Hegelschen Rechtsphilosophie

MICHAEL KÖHLER

„Das Objektmachen: Ist es nicht die
Hauptquelle von Gewalt?“

(Christa Wolf, 1983).

Die Strafrechtspraxis ist für die mächtige Zeittendenz der Herabsetzung des Subjekts zum Zweckobjekt für andere besonders anfällig, provoziert doch die in der tätigen Verkehrung des Rechtsrichtigen aktualisierte Schwäche des endlichen Vernunftwesens Mensch die Selbstüberhebung der anderen in ausgezeichneter Weise. Dem entgegenzuwirken fordert, die Hauptbegriffe des Verbrechens und der Strafe in ihrem intersubjektiv-institutionellen Begründungszusammenhang zustande zu bringen, damit die bloß abstrakt-formelle und auch nur subjektiv-moralische Auffassung sowie entsprechenden praktischen Umgang zu überschreiten. „Wer von Euch ohne Sünde ist, werfe als erster einen Stein auf sie“ (Joh. 8,7): Die geforderte Bereitschaft auch des neuzeitlich säkularisierten Strafruristen, auf diesen Appell einzugehen, verlangt nach einem immanent praxisphilosophischen Begründungsgang. *Hegels* Rechts- und Strafrechtstheorie ist kritisch zum Leitfaden zu nehmen, da er doch in bisher nicht überbotener Weise das Dasein der (subjektiven) Freiheit in ihrer Ambivalenz und Entwicklungsgestuftheit gerade im Begründungszusammenhang mit intersubjektiven Formationen gedacht hat.

I. Problemstellung

Die *hegelsche* Theorie formuliert eine ausgeprägt diesseitig-immanente Straf-(Zweck-)begrifflichkeit. Die Abfolge von Verbrechen (Verletzung des Rechts *als* Recht) und Strafe wird dem Grunde nach entwickelt als Prozeß der Restitution wirklicher Freiheit, der Wiederfreisetzung von Allgemeinheit und Täter auf die Negation des Rechts im Verbrechen hin – ebensowohl Verlust an wirklicher rechtlicher Geltungsallgemeinheit wie Selbstverlust des Täters als Rechtssubjekt – per negationem der Strafe: Strafe also als bestimmte (inhaltserfüllte) Negation des Verbrechens, sowohl in der Objektivität allgemeiner Rechtsgel-

tungsrealität, als auch in der Selbstbestimmtheit des Verbrechers. In dieser Hinsicht begreift sich Strafe als „zugleich *sein* an sich seiender Wille, ein Dasein *seiner* Freiheit, *sein* Recht“, womit der Täter „als Vernünftiges geehrt“ wird¹.

Der erinnerte (zunächst abstrakt-rechtliche, d. h. noch die vollständige Begründung im Ganzen des Systems voraussetzende) Strafbegriff versteht sich als durchaus kritischer², als kategoriale Voraussetzung von Zweckbestimmungen auch der Besserung des rechtlichen Gesamtzustandes, sei es des Subjekts, sei es der intersubjektiven Allgemeinheit, – kompromißlos kritisch (und einhellig mit *Kant*) gewendet gegen eine reduziert pragmatische, technische, das Subjekt instrumentalisierende Fassung der Strafrechtsw Zwecke in so formulierten Präventionstheorien³, – kritisch freilich auch gegen ein in falscher Abstraktion sich als bloße Freiheitsnegation behauptendes Verständnis von „Vergeltung“. Der solchermaßen kritische Strafbegriff affirmiert also nicht etwa jede in seinem Namen betriebene empirische Strafpraxis, ein bestimmtes Gefängniswesen usw., weshalb eine etwaige schlechte Realität auch nicht platt gegen jenen Begriff gewendet werden kann. Die freilich berechnete Frage an die Straftheorie als Theorie lautet: Ob sie im Recht der Allgemeinheit auf Geltungsrestitution nach Negation durch das Verbrechen auch das exponierte Recht des Verbrechers (moralitätslogisch: Das Recht seiner Subjektivität, *kantisch* reformuliert: Seine Selbstzweckhaftigkeit als rechtskonstitutive Regulierungsinstanz, also seine Würde als Rechtssubjekt – positiv verfassungsrechtlich Artikel 1 I des Grundgesetzes) wirklich systematisch durchsetzt. Davon hängt auch jene kritische Wirkmacht des Denkens gegen schlechtes Dasein ab. Damit ist zugleich nach dem eigenständig aktuellen Rang der *hegelschen* Straftheorie gefragt, sofern man richtigerweise bereits in *Kants*: „Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ“ eine substantiell freiheitsgesetzliche Strafrechtsbegründung und in einem die Kritik aller Strafheteronomie sehen muß⁴. Was also kann insofern die *hegelsche* Theorie – über die Explikation, stellenweise immanente Korrektur *kantischer* Bestimmungen hinaus⁵ – lehren? Die Antwort soll sein: Die Begriffe von Verbrechen und Strafe auf den Konstitutionszusammenhang von moralischer Subjektivität

¹ Vgl. *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 95 ff, 99, 100 m. Anm.

² A. a. O. § 1: „Alles, was nicht diese durch den Begriff selbst gesetzte Wirklichkeit ist, ist vorübergehendes Dasein, äußerliche Zufälligkeit, Meinung, wesenlose Erscheinung, Unwahrheit, Täuschung usf.“

³ A. a. O. §§ 99, 100 Anm.

⁴ S. bes. *E. A. Wolff*, ZStW 97, 1985, S. 786 ff; s. auch *Verf. Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986.

⁵ Z. B. die Kritik am materiellen Talion, *Hegel*, a. a. O. § 101 Anm.; s. *Oberer*, in: Rechtsphilosophie der Aufklärung, Berlin, New York 1982, S. 399, 414 ff.

tät und intersubjektiv-institutionellen (in *Hegels* Systemterminologie: sittlichen) Verhältnissen zu beziehen, also die (im systembegrifflichen Sinne) „sittliche“ Qualität der Verbrechen- und Straf(Maß)begründung einzusehen, dadurch zu begründen die systematische Durchsetzung einer Subjekt-Substanz für alle Normativität und ihres in der Individualität endlichen Grundseins gegen die sich verselbständigende Übermacht überindividueller Formationen.

Eine sich ideologiekritisch verstehende Referenz auf die *hegelsche* Straftheorie bestreitet ihr aktuelles Potential⁶. In der Realität sei die Strafe Repression des Delikts. Sie als Recht und Ehre des Verbrechens zu behaupten, übersehe, daß Unrecht und Strafe der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft in ihrer Widersprüchlichkeit angehören. Als konkretes Glied der Gesellschaft und nicht nur abstrakte Personifikation des Begriffs Unrecht weigere sich der Verbrecher, daran zu glauben, daß die Strafe, als die äußere Gewalt der anderen, sein Recht und seine Freiheit seien, die Entfremdung zwischen ihm und der Gesellschaft aufhoben. – Das wirkliche Subjekt in seiner (gesellschaftlichen) Defizienz wird hier gegen das (angeblich) abstrakte *hegelsche* Subjekt geltend gemacht. Wendete diese Kritik nur die schlechte Seite einer existierenden Strafpraxis gegen *Hegels* Begrifflichkeit, und teilweise klingt es danach, dann genügte dagegen der Hinweis auf *Hegels* auch daseinskritischen Strafrechtsbegriff der anerkannten Subjektivität⁷. Aber diese Replik genügte nicht der Entfremdungskritik als Straftheoriekritik, will sagen dem Zweifel, ob das Verhältnis von moralischem Subjekt und institutioneller Formation – es bleibe zunächst offen, ob dies ein Problem der bürgerlichen Gesellschaft ist oder allgemeineren Status hat – von *Hegel* so begründet ist, daß im allgemeinen auch Deformationen zumindest implizit zureichend kritisiert sind, daher im besonderen konkret legitimes Strafen von seinem bloßen Schein geschieden werden kann.

Die Fragestellung ist auch aus positiv-strafrechtlicher Sicht dringlich. Im eindrucksvoll existierenden Massenphänomen Kriminalität imponieren vor allem solche (habituellen) Formen, die ein ausgebildetes Erfahrungswissen, mit dem allgemeinen Vorverständnis vielfach übereinstimmend, als Entfremdungsphänomene – in deformierten Verhältnissen wurzelnd – identifiziert. Sozialpragmatisch-technisches Effizienzdenken fordert unmittelbare Problembewältigung und geht, bringt das eine Konzept (z. B. Resozialisierungsbemühung) nicht raschen Erfolg, unbedenklich zu anderen (Eliminierung, negative oder „positive“ Generalprävention) über. Dagegen hat sich die Identität des Strafrechts als eines

⁶ Vgl. *Flechtheim*, *Hegels Strafrechtstheorie*, 2. Auflage Berlin 1975, S. 91 ff, 113 ff.

⁷ So *Ottmann* in seiner *Flechtheim-Rezension*, *Hegel-Studien* 13, 1978, S. 302 ff.

Rechtsverhältnisses letztbegründet gerechter Reaktion auf Verbrechen zu behaupten; notwendiges Moment dessen ist es, die „Zuständigkeit“ des Strafrechts und des Täterindividuums für jene Formen des Verderbens in Frage zu stellen. Das Konzept einer technisch-zweckrationalen Reaktion – der hervorstechende Zug der sog. modernen Schule, basierend auf einer begrifflich an sich schon überwundenen naturalistischen Unterbestimmung des Menschen – nahm und nimmt im Ganzen die Kompetenz des Strafrechts, verstanden als eines umfassenden Zwangsmotivierungsinstrumentes, an. Davon leiten sich gesetzesmächtig ab, sowohl die Milderung des Strafwangs (z. B. gegen die präventiv „schädliche“ sog. kurze Freiheitsstrafe), als auch – und dies vor allem gegenüber jenen Formen habitueller Delinquenz – die Verschärfung der Repression in abschreckender und/oder eliminierender Hinsicht (in Deutschland z. B. in den Maßnahmen nach dem Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933). Die den Delinquenten radikal vergegenständlichende Seite dieses Konzeptes, seine Ungerechtigkeit ordnet sich in ihren praktischen Extremen der moralisch-rechtlichen Katastrophe unseres Jahrhunderts ein⁸, – übrigens in der auch faktisch-zweckrationalen Erfolglosigkeit, wenn nicht Verstärkung des bekämpften Übels die ideale Koinzidenz von Güte (Gerechtigkeit) und Glückseligkeit ex negativo bestätigend. Daß also nur in Wahrung der Rechtssubjektqualität des Täters die Verbrechenreaktion sich realisieren dürfe, dem positiven Juristen bestätigt in Verfassungsrechtssätzen (besonders Art. 1 I Grundgesetz), ist nun in abstracto anerkannt⁹. Im Besonderen aber sind Gesetzgebung und Praxis des Strafrechts weiterhin zwiespältig, ist der vergegenständlichende Umgang nicht wirklich aufgehoben. Eine ganze Reihe offen-unbestimmter gesetzlicher Normen des Strafbemessungs- und des Vollzugsrechts ermöglichen ihn unter dem zweideutigen Gesichtspunkt spezialpräventiver Differenzierung; Milderung oder Verschärfung des Strafrechts, Hilfsangebote, Veränderung und Differenzierung von Vollzugsformen und -bedingungen schweben in unbestimmter Weise zwischen Gerechtigkeit und Zweckrationalität. Bezüglich jener habituellen Delinquenzformen läuft es auf die systemdurchgängige Realmöglichkeit eines fortgesetzt sich verschärfenden Strafwangs, Freiheitsentzuges, Entzuges von Chancen zur Freiheitsrestitution hinaus, – nach pragmatischen und technischen Imperativen einer „Einwirkungs-“ und

⁸ S. kritisch besonders *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962. – Zum jüngeren internationalen Umschwung in dieser Richtung daher mit Recht bedenklich *Jescheck*, ZStW 91, 1979, S. 1037, 1050 ff.

⁹ BVerfGE 45, 187 ff. Zsf. etwa *Stratenwerth*, Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Karlsruhe 1977, S. 40 ff. *Ders.* SchwZStR 101, 1984, S. 225 ff.

„Behandlungs“-intention¹⁰. Dieser praktische Mangel läßt sich auf eine Begründungsoffenheit der theoretischen Reflexion beziehen. Zwar wurde im Zuge der jüngeren Reformintention eine bereits von *von Liszt* geäußerte unbestimmte Vorstellung, die Gesellschaft trage „Mitschuld“ an gewissen imponierenden Formen habitueller Verderbnis¹¹, in Einbeziehung kriminologischen resp. kriminalsoziologischen Materials aufgenommen, so die institutionell vermittelte Schwäche des Subjekts als Verbrechensgrund thematisiert und in eine kriminalpolitische Programmatik zu übersetzen versucht, durchaus eingedenk der Kritik an Vergegenständlichung in den Präventionstheorien und an entsprechenden Eliminierungsmaßnahmen¹². Was dies aber strikt verbrechens- und strafbegrifflich bedeuten müsse, ist nicht zureichend geklärt worden. Insbesondere die durchgesetzte Tendenz, Bestimmungen jenseits gut begründeter Strafrechtsbegriffe zu treffen, den Begriffen Schuld und Strafe einen bloß abstrakten, anderwärts „präventiv“ unterschiedene Inhaltsbestimmungen angeblich bloß begrenzenden Status zuzugestehen¹³, läßt auch in Anbetracht schreckender historischer Spuren zuviel offen: Was nämlich Resozialisierungs-, Präventionsbemühen in gerechter Rechten- und Pflichtenbestimmung der Rechtsgemeinschaft und des Täters zu Inhalten haben soll und was nicht, – also die spezifische Strafrechtsbegründungsfrage, kritisch gegenüber der als unrechtlich erkannten Möglichkeit vergegenständlichenden „Behandeln“, unabhängig von ansonsten möglicherweise sozialstaatlich geforderten Hilfsangeboten, unabhängig auch von ethischen (aber nicht strikt rechtlichen, daher insofern unverbindlichen) Geboten des Wohlwollens und der Nächstenliebe. Jene Begründungsoffenheit entspricht dem unbestimmten Verhältnis von „Spezialprävention“ und „Schuldstrafe“ in den Zumessungsnormen und der Abkoppelung des Strafvollzuges.

¹⁰ Die Streichung der unmäßigen Rückfallschärfung nach dem bisherigen §48 StGB (23. StrÄndG v. 13.4.1986 BGBI. I, 393) ändert nichts an der Nichtbewältigung des allgemeinen Problems.

¹¹ *Von Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.2, Berlin 1905, S.25, 63 ff, 230 ff; s. auch, freilich auf sein Lebensführungsschuldkonzept reduziert, *Mezger*, Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 2. Auflage, Stuttgart 1942, bes. S.241 ff.

¹² Vgl. *Mayer*, a. a. O. (Fn. 8), S.122. Leitend für die Vorschläge des Alternativentwurfs *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, bes. S.14 ff. S. etwa auch *Naegeli*, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1965, S.263 ff, 305; *Hassemer*, in: Recht und Gesellschaft, 1971, S.17 ff; *Stratenwerth*, Schuldprinzip, S.41; *ders.* in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S.901, 916 ff; *Lüderssen*, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? Heidelberg 1983, S.75 ff. Eher abweisend *Arthur Kaufmann*, in: Festschrift für Lange, 1976, S.27, 36.

¹³ S. *Noll*, a. a. O. S.17 ff; s. auch *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, Tübingen 1972, bes. S.28 ff.

Es bleibt also auch im Hinblick auf den Begründungsstand des positiven Strafrechts die Frage gestellt, wie die „Schwäche“ des Subjekts begründet zu denken, und wie ihr daher, äußere sie sich auch in schwer-habituellen Delinquenzformen, gerecht zu werden sei.

II. Problemlösung

Eine hinreichende Problemlösung muß resultieren aus einer Strafbegründungstheorie¹⁴, die vorpositiv-kritisch

1. objektivrechtlich die Rechtsstrafe als spezifische rechtsrestituierende Unrechtsreaktion auf Straftat und -täter hin identifiziert – im Gegensatz zu einer bloß empirischen Betrachtungsweise („Übel“), in spezifischer Differenz zu sonstigen Unrechtsreaktionen namentlich dem aktuell-unmittelbaren Rechtszwang gegenüber Unrechtsverhalten,
2. diese Identität auch durch (gegenüber) den (dem) Verbrecher als Rechtssubjekt begründet und
3. die vorausgesetzte Strafbegründung (1, 2) in den Bestimmungen des Strafmaßes, definiert als Einheit von Qualität und Quantität der Strafe, widerspruchsfrei durchsetzt.

Diese Ansprüche an Strafbegründung entsprechen einer immanenten Verhaltensnorm- und Rechtsnormbegründung auf dem Stande der *kantischen* praktischen Vernunftkritik. Auch die *hegelsche* Theorie übernimmt diese Ansprüche. Sie identifiziert die Strafe im Unterschied zum unmittelbaren Rechtszwang als verbrechensaufhebende Rechtsgeltungsrestitution in der objektiven Allgemeinheit und im Tätersubjekt¹⁵, schließt daher ihre Auffassung als primäre Eliminierungsgewaltmaßnahme oder als Zwangsmotivierungsinstrument zu künftigen Verhaltensweisen aus¹⁶ und bezieht jene Identitätsbestimmung und die ihr entsprechende Kritik auf die Strafmaßgründe¹⁷. In der letzteren Hinsicht (zu 3) ist damit völlig ausgeschlossen, auf grundlegend schon kritisierte Identitätsbestimmungen wie die Zwecke der „Unschädlichmachung“, „Besserung“ und „Abschreckung“ auf irgendeiner systematischen Ebene der Strafrechtsrealisation doch wieder zurückzugreifen. Das methodolo-

¹⁴ Zu den folgenden Begründungsansprüchen s. *Verf.*, a. a. O. (Fn. 4).

¹⁵ S. zunächst Rechtsphilosophie, §§ 90–93, 94 ff – § 99 Anm. (unsubstantielle Bestimmung der Strafe als „Übel“).

¹⁶ §§ 99 m. Anm., 100 Anm.: „Wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung“.

¹⁷ § 101 Anm.: „Der Begriff selbst muß überhaupt das Grundprinzip auch für das Besondere enthalten“. Die offengelassene Modalität der Strafe (§ 99 Anm.) bezieht sich auf Strafpragmatik, nicht das Maß der Strafe; zu dieser methodologischen Einheit, *Verf.*, Strafbegründung und Strafzumessung, Heidelberg 1983, m. w. N.

gisch eigentlich Selbstverständliche muß gegen strafrechtsdogmatisch fortexistierende Vorstellungen (Vereinigungs-, Spielraumtheorien usw.) erinnert werden, die sich auf *hegelianisch* genannte Strafrechtler im 19. Jahrhundert, besonders *Berner*, berufen und namentlich auf der Strafzumessungsebene solche Bestimmungsgründe doch wieder relativ eigenständig einmischen¹⁸. Auch für die darin enthaltenen richtigen Intentionen (insbesondere der „Besserung“) gerade in bezug auf das hier exponierte Problem vermag nur methodische Schlüssigkeit das Lösungspotential der Straftheorie freizusetzen.

1. Der abstrakte Strafrechtsbegriff

Der Zusammenhang Recht – Verbrechen – Strafe wird zunächst als eine Abfolge von personalen-interpersonalen Willenssetzungen im unmittelbar äußeren Dasein vorgestellt; deren Notwendigkeit hat freilich noch wesentliche und substantielle Voraussetzungen in der Selbstkonstitution von rechtlich-moralischer Subjektivität und ihrer wechselseitigen Konstitution in Intersubjektivität.

So ist das Recht unmittelbar gesetzt als geltend anerkanntes äußeres personal-interpersonales, darin auch gegenständlich vermitteltes Dasein des freien Willens. Von der individuellen Person her gesehen handelt es sich hier zunächst um eine explizite Selbstaffirmation des freien Willens im Dasein, wohingegen die Momente der Selbstnegation (Selbstbeschränkung), der entsprechenden Affirmation bzw. Negation der anderen Personen nach einer begründet vorausgesetzten Allgemeingeltungsregel noch unausdrücklich impliziert sind¹⁹. Erst in der gesetzten Kollision der Personen, im Unrecht werden der (voraus-)gesetzte Begründungszusammenhang der interpersonal bestimmt daseienden Freiheit und seine Notwendigkeit (wie auch deren Voraussetzungen) explizit. Vollständig entwickelt gesetzt ist das im spezifischen Unrecht des Verbrechens, definiert als Verletzung des Rechts *als* Recht²⁰. Die Negativität des Verbrechens in der personalen Daseinsbestimmung des Verbrechers betrifft nämlich nicht bloß das besondere Dasein der Freiheit einer anderen Person, sondern die darin gesetzte interpersonale Geltungsallgemeinheit und damit aber zugleich die in ihrer freien Prozessualität rechtskonstitutive Personalität des anderen und jedes am Rechtsverhältnis Beteiligten (seine „Rechtsfähigkeit“, das „Allgemeine, Unendliche

¹⁸ S. E. A. Wolff (Fn. 4); s. auch *Verf.* (Fn. 17, 4).

¹⁹ *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 35–82; dazu *Angehrn*, Freiheit und System bei Hegel, Berlin, New York 1977, S. 181 ff.

²⁰ Rechtsphilosophie § 95. Im Gegensatz zum „unbefangenen“ Unrecht, worin die Geltungsallgemeinheit an sich respektiert wird, ist „das Verbrechen... das unendliche Urteil, welches nicht nur das besondere Recht, sondern die allgemeine Sphäre zugleich negiert“ (*Hegel*, Logik, Bd. 2, Ausgabe Lasson, Hamburg 1934, S. 284 f.).

im Prädikate des Meinigen“, daher „negativ-unendliches Urteil“²¹. Was man die „Rechtsgutsverletzung“ durch das Verbrechen im eigentlichen Sinne nennen kann, bestimmt sich also als Einheit von Momenten einer (praxis-)logisch ausgezeichneten Geltungsnegation personal-daseienden freien Willens: Die Negation ist ein Verlust seiner Geltungswirklichkeit, sowohl im besonderen Willensdasein der Personen („des Verletzers, des Verletzten und aller“), als auch eben darin der idealen Geltungsallgemeinheit, insofern diese durch freie praktische Synthesis-Leistungen individueller Personen kontinuierlich verwirklicht wird. In Hinsicht auf die besondere Willenssetzung des Verbrechens hat die Negation des Rechts als Recht mithin den doppelten Bezug: Negation rechtlicher Geltungswirklichkeit und (bzw. durch) Negation seiner selbst als kontinuierlich-personaler Rechtsinstanz, also seiner wahrhaften Verallgemeinerungs-, Rechtsfähigkeit. Das Verbrechen definiert sich als gesetzter Wirklichkeitsverlust von allgemeingültiger Interpersonalität und Personalität in einem, insofern als doppelbezügliche Negation.

Die positive Daseinsweise des Verbrechens hat dieselbe logische Struktur, ist eine unwahre, scheinbare Allgemeingeltung – Irritation des Rechtsfriedensverhältnisses – existierend im und durch den äußerlich gesetzten besonderen Willen des Verbrechens, sie behauptend und sich anmaßend²². Diese (doppelte) Existenzweise ist zwar zunächst nur partikulär, hat freilich die auch erfahrungsgemäße Tendenz, aus dieser Partikularität sich weiter schlüssig zu verallgemeinern in anderes und andere, würde sie nicht durch das Rechtsverhältnis aufgehoben, – abgeleitete Bedeutung von „Spezialprävention“ und „Generalprävention“.

Die weiteren Bestimmungen des Verbrechens als „*in sich nichtig*“ und der Strafe als die konsequent gesetzte Manifestation dessen²³ definieren einen Widerspruch und einen bestimmt inhaltlich gerichteten Widerspruchsaufhebungsprozeß – der Geltungsrestitution – in eben jenem doppelten personalen-interpersonalen Setzungsbezug. Die Ausgangslage des Verbrechens, nach den gesetzten personalen Daseinsbestimmungen, ist zunächst ein grundsätzlicher Widerspruch von miteinander kontinuierlich unvereinbaren objektiven Geltungsansprüchen in der Allgemeinheit, im Dasein freier Personen, nicht wesentlich des womöglich ersetzbaren äußeren Schadens („Übels“)²⁴. Die im Verbrechen durch den Täter

²¹ S. Rechtsphilosophie §§ 95, 99; zur logischen Grundstruktur der Negationsbewegung besonders *Henrich*, in: Festschrift für Werner Marx, 1976, S. 208 ff (entscheidende Hinweise zur logischen Struktur verdankt *Verf.* Herrn *Uwe Andreß*, Hamburg).

²² Rechtsphilosophie § 99.

²³ §§ 97 ff, zuseh. § 101 Anm.: „Zusammenhang der Notwendigkeit, daß das Verbrechen als der an sich nichtige Wille, somit seine Vernichtung, – die als Strafe erscheint, – in sich selbst enthält“. S. auch Randbemerkung S. 366: „Wille der ein Nichtiges will“.

²⁴ Zu §§ 98–100.

als freie Person gesetzte Verhaltensregel beansprucht kontinuierliche Existenz, d. h. auch weitere Verallgemeinerung – im Widerspruch zur (vorausgesetzt) wahren Geltungsallgemeinheit personalen Respekts. Dieser Widerspruch ist nach dem Gesagten präsent in der Ebene der rechtlichen Allgemeinheit (repräsentiert in anderen Personen) und ebenso als Selbstwiderspruch der besonderen Willenssetzungen des Täters. Er selbst setzt sich in zwei miteinander unvereinbare Daseinsweisen, nämlich sich als Mitträger gültigen rechtlichen Allgemeinwillens („sich als an und für sich seienden Willen“) und in eine dieser vorgängig gültigen Bestimmung widersprechende äußerliche Existenzweise²⁵. Er will selbst anerkannt allgemeingültig personal da sein und negiert zugleich diese Geltungsallgemeinheit in anderer Personalität. In Hinsicht auf die eigene Person ist damit eine Selbstaufhebung, Selbstentmächtigung als widerspruchsfrei-allgemeiner Rechtssetzungsinstanz im Dasein angesetzt, und zwar nicht bloß punktuell-statisch, sondern als prozeßhaft fortexistierender (Selbst-)Widerspruch. Dieser (doppelbezügliche) Widerspruch muß durch das Rechtsverhältnis allgemeiner gleicher personaler Freiheit – gegen dessen naturzuständige Auflösung – so behoben werden, daß die partikulär widersprüchlich, nämlich sich selbst ausschließend gesetzte negative Allgemeinbestimmung auf die personale Freiheit des Täters gleichmäßig-allgemeingültig fortgesetzt wird. Insofern wird im Ansatz widerspruchsfreie Allgemeinheit des Rechts im interpersonalen Dasein restituiert. Denn dieser tat-partikulär widerspruchsbehebende Verallgemeinerungsschluß hat zwar inhaltlich ein negatives Moment, wirkt sich insofern freiheitsmindernd auf den Täter aus. Aber dies ist nur das notwendig negative Moment der positiven Restitution widerspruchsfrei-allgemeinen Daseins der Freiheit, Grundmoment für alle weiteren Freiheitsrestitutionsprozesse vernünftiger Personen („Versöhnung“, „Resozialisierung“ – notwendig vermittelt selbst durch mildeste Sanktionen etwa des Anerkennungsentzuges etc.)²⁶. Diese Wirklichkeitsrestitution des Rechts in der Strafe hat wiederum die zwei Seiten des Gesetzseins in der Allgemeinheit und in der personalen Selbstsetzung des Täters. In diesem individuell-personalen (noch nicht subjektiven) Bezug wird das besonders gut ausdrücklich: „Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also, als unter sein Recht subsumiert werden darf“, Strafe als „argumentum ad hominem, aus seinen Prinzipien“²⁷.

²⁵ §§ 40 c, 95, 99.

²⁶ S. *Verf.* (Fn. 4).

²⁷ *Hegel*, Rechtsphilosophie §§ 100, 101 Anm. Zur Struktur der zweifach verdoppelten Negation im Selbstbezug s. *Henrich*, a. a. O. (Fn. 21). Die praxislogische Pointe des

Wie bemerkt, nimmt der so auseinandergesetzte Prozeß der Selbstnegation des Verbrechens und des besonderen Willens des Täters – zunächst abstrakt personal-interpersonal gesetzt – Voraussetzungen moralisch-rechtlicher Selbstkonstitution, also von Subjektivität, in Anspruch. In sich nichtig sind Verbrechen und besonderer Wille des Täters durch die als begründet vorausgesetzte Wirklichkeit des Rechts, seine inhaltliche Schlüssigkeit und daher wirkliche Macht gegenüber dem gegensätzlichen Element im Dasein. Der kategorische Imperativ des Strafgesetzes (mit *Kant* zu sprechen) ist dem abstrakten (Straf-)Recht vorausgesetzt. Auch die Strafbegründung, wie das abstrakte Recht überhaupt, ist also in einem weiteren Schritt zunächst auf die moralische Selbstbestimmung angewiesen: Die in diesem Sinne wirkliche In-sich-Nichtigkeit (Selbstnegation) des Verbrechens gründet im subjektiven Rechts-, Richtigkeitswissen des Täters selbst. Vorerst muß aber noch festgehalten werden, daß die Geltungswidersprüchlichkeit des Verbrechens und der Geltungsrestitutionsprozeß der Strafe abstraktrechtlich sich in Momenten der Negation und negations-negierenden Selbstaffirmation, sowohl der Täterperson, als auch der rechtlichen Geltungsallgemeinheit (repräsentiert in den anderen Personen der Rechtsgemeinschaft), realisieren. Also auch das negative Moment im Restitutionsakt betrifft durch die Täterperson praxislogisch die Allgemeinheit, die darin also zugleich auch selbst gestraft wird (wie an ihr die negativen und existierend-positiven Momente des Verbrechens gesetzt sind). Die kritische Realität dieser logischen Bestimmungen am abstrakten Rechtsverhältnis wird erst in weiteren Begründungsvoraussetzungen sich entfalten.

2. Die subjektiv-moralische Begründung von Recht, Verbrechen und Strafe

Moralisch, d. h. substantiell-subjektiv muß Strafe aus dem eigenen Vernunftschluß, dem bösen Willen des Verbrechens (in der Besonderheit des rechtlich-bösen, unrechtsbewußten Willens) und seiner Selbstaufhebungstendenz resultieren.

Die abstraktrechtlich vorgestellte In-sich-Nichtigkeit des Verbrechens und ihre Manifestation bleiben nur dann kein bloß äußeres, objektivistisch verselbständigtes Setzungsverhältnis, wenn sie Selbstbestim-

unsinnigen negativ-unendlichen Urteils – der Grundwiderspruch des Verbrechens – ist die darin (subjektiv) positiv reflektierte Allgemeingültigkeitskategorie selbst, in deren Kontinuirlichkeit das Subjekt als praktisch-denkendes steht und geht (s. *Hegel*, *Logik*, Bd. 2, S. 285). Die reflexiv-selbstbezügliche Durch-Setzung der unendlichen Negation, inhaltlich negativ, restituiert positiv die Allgemeingeltung als solche: In-sich-Nichtigkeit der unendlichen Negation.

mungsleistungen moralischer Subjekte, der substantielle Angelpunkt aller Norm- und Rechtsnormbegründung, sind. Logisch und praxislogisch setzt sich das auf Geltungsallgemeinheit reflektierende Subjekt als Wesensgrund voraus²⁸. Die abstraktrechtlich als besonderer Wille des Täters vorgestellte positive Existenz des Verbrechens und seiner Aufhebung muß sich daher in moralischen-subjektsubstantiellen Bestimmungen reformulieren. In dieser Hinsicht bestimmt sich der besondere Wille des Verbrechers moralisch vertieft als der böse Wille. Ganz entsprechend den personal-äußeren Setzungen der abstraktrechtlichen Verbrechens- und Strafbegrifflichkeit bestimmt sich auf der Ebene der subjektiven Selbstbestimmung das *Böse* a) als die Möglichkeit des Selbstbewußtseins, ebenso „das an und für sich Allgemeine, als die Willkür, die eigene Besonderheit *über* das Allgemeine zum Prinzip zu machen, und sie durch Handeln zu realisieren“²⁹, und b) „als das, was notwendig nicht sein soll, – d. i. daß es aufgehoben werden soll, nicht daß jener erste Standpunkt der Entzweiung überhaupt nicht hervortreten solle, daß nicht auf ihm stehengeblieben, und die Besonderheit nicht zum Wesentlichen gegen das Allgemeine festgehalten, daß er als *nichtig* überwunden werde“. Es ist also das freie Subjekt als Selbstsetzendes, das den dann tätig realisierten personalen-interpersonalen Gegensatz von Allgemeingeltungsansprüchen vor sich hat, den „Widerspruch in sich selbst“ begründet³⁰ und die tätige Schlußbewegung zu seiner Behebung.

Expliziert bezieht sich die Begründung nun auf das Recht des subjektiven Willens, nur das selbst Anerkannte für sich gelten zu lassen³¹. Das Recht der Einsicht besondert sich im Gewissen des guten und gegensätzlichen bösen Willens³². Im auseinandergesetzten subjektiven Reflexionsgegensatz³³ des Wissens des wahrhaft Allgemeinen, Wollen des widerstrebenden *Besonderen*, vergleichenden Wissens *beider* Momente ist „für das wollende Bewußtsein *selbst* sein besonderes Wollen als das Böse bestimmt“; und diese im Tatentschluß in verschiedenen Formen bloß verdunkelte anerkannt richtige Einsicht des moralischen Subjekts in Gut und Böse, Recht und Unrecht ist selbst die subjektiv-moralische Potenz der Selbstvernichtung des Verbrechens, die moralische Seite seiner abstraktrechtlich vorgestellten In-sich-Nichtigkeit. Auf diese subjektsubstantielle Legitimation ist die abstraktrechtlich-äußere Rechtsstrafe,

²⁸ Zur Hegelschen Zurechnungslehre, *Verf.*, Bewußte Fahrlässigkeit, Heidelberg 1982, S. 199 ff; dem Übergang vom Verbrechen zur Moralität in der Rechtsphilosophie entspricht der Übergang zum logischen Reflexionsstandpunkt des Subjekts (s. Logik a. a. O.).

²⁹ Rechtsphilosophie § 139 mit Anm.: „Im Gegensatz sein“.

³⁰ A. a. O.; s. auch Randbemerkung zu § 140 S. 139.

³¹ § 132 und öfter; s. auch Enzyklopädie von 1830, § 503.

³² §§ 132, 139.

³³ § 140 Anm.

soll sie nicht ein bloß äußeres Verhältnis bleiben, in bestimmter Weise angewiesen. Die strafrechtlichen Zurechnungsbegriffe (Vorsatz – Tatbewußtsein, Unrechtsbewußtsein) sind darin unverfügbar letztbegründet³⁴.

Das moralische Recht der Einsicht, namentlich in Gut und Böse (Gewissen), ist so zwar ein notwendiges Moment der Begründung. Aber es ist insofern unzureichend, als es durch den nur individuell-subjektiven Standpunkt begrenzt ist und einer intersubjektiv konkret-substantiell entwickelten Norminhaltsbegründung noch ermangelt. „Der subjektive Wille unmittelbar für sich ist abstrakt, beschränkt und formell“³⁵, das heißt eben nicht: konkret, entschränkt und substantiell. Formelle Subjektivität wird hier pejorativ gebraucht, formell nicht im Sinne von formal-formend-formgebend, inhaltsstrukturierend wie es richtig aufgefaßt die Formalität des kategorischen Imperativs ist, sondern formelle Verstandes- und Willkürsubjektivität und ein entsprechender Stand von gegenständlicher Wahlfreiheit. Das moralische Recht der Einsicht ist insofern nicht zureichend, als es reduziert ist um eine konkrete, entwickelte, substantielle Norminhaltsbegründung. Insofern selbst begründungsbedürftig, läuft es absolut gesetzt darauf hinaus, daß das formell subjektive Gewissen sich auf den eigenen begrenzten Standpunkt kaprizieren kann, die Vernunftweiterung durch andere, ihre intersubjektive Erweiterung ausschlagend. *Hegel* verdoppelt deshalb in der Konsequenz der allgemeinen Unterscheidung zwischen formell-subjektivem und substantiellem Willen den Gewissensbegriff, unterscheidet kritisch das formell-subjektive Gewissen (der Staat könne es nicht anerkennen) vom wahrhaften, auf das an und für sich Gute bezogenen Gewissen³⁶. Alle Bestimmungen des subjektiv-moralischen Standpunktes sind von der Formalität erfaßt. Es kommt deshalb sehr darauf an, hier auch die

³⁴ Legalität und Moralität sind auch straftheoretisch in der Rechtsphilosophie angemessener auseinandergesetzt als noch in der Jenaer Realphilosophie von 1805/1806, Ausgabe J. Hoffmeister, Hamburg 1967, S. 240 f. Der moralisch autonome Schluß bleibt relativ selbständig nicht nur in der formellen Gegensatzmöglichkeit, sondern auch in der Unverfügbarkeit, Unerzwingbarkeit seiner Selbstaufhebungsbewegung. Aber die zunächst abstrakt-rechtlich äußere Strafsetzung hat dagegen keinen vergleichbaren, etwa durch die Sittlichkeit objektivistisch affirmierten Selbststand: In hier noch unexpliziert institutionell vermittelter Weise muß vielmehr die äußerlich strafende Rechtsrestitution durch moralische Subjektivität mitbegründet sein (ähnlich wie es auch der unmittelbare Rechtszwang sein muß). Die entwickelte Zurechnungsbegrifflichkeit für die Rechtsstrafe ist daher vermittelt moralisch.

³⁵ Rechtsphilosophie § 108.

³⁶ § 137 mit Anm. Die Begründetheit dieser Unterscheidung hängt von zureichender Normbegründung ab. Das Vorrecht des Staates als idealen Begriffs setzt also eine vermittelte Identifikation mit Subjektivität, ihrem wahrhaften Gewissen voraus, das zugleich dessen subjektives Kriterium ist und den bloß formellen Gewissensstandpunkt kritisch erkennt; vgl. ebenso zum Recht der Einsicht „im Staate“, § 132 Anm.

Bestimmungen des Bösen als bloß formell, abstrakt, beschränkt, nicht konkret entwickelt zu erinnern. Das subjektive Im-Gegensatz-Sein, die Schuld des Bösen, sein Nicht-sein-Sollen sind allesamt zunächst formelle Bestimmungen³⁷. Gesetzt ist im Begriff des Bösen zwar die Kenntnis des wahrhaft Allgemeinen im selbstgesetzten Gegensatz. Aber abstrahiert ist von der entwickelten Begründetheit subjektiven Richtigkeitswissens; und ebenso abstrakt bleibt die inhaltliche Schlüssigkeit des Selbstaufhebungsprozesses.

Ebenso wie der Rechtsbegriff selbst sind auf diesem Stande also auch der Verbrechens- und Strafbegriff noch nicht vollständig begründet. Die Verbrechens- und Strafbegrifflichkeit im inkonkreten Formalismus zu belassen, heißt aber unvermittelten Problemauffassungen Raum zu geben. So tendiert einesteils die Strafrechtsdoktrin dazu, die Zurechnungsbegriffe bloß als formales Gegenstandswissen, Abspiegelung objektiv als gültig vorausgesetzter Bestimmungen zu bilden, damit wirkliche Unterschiede des Nichtwissens oder nicht entwickelten Wissens und der gerechten Reaktion darauf nach Grund und Maß zu verfehlen. Die allgemeinste Form der Unvermitteltheit ist die das bloß objektive Unrechtsurteil reformulierende „normative Schuldtheorie“; in bezug auf das exponierte Problem findet sie sich in einer Charakter- oder Dispositionsschulddoktrin, welche den „Schuldvorwurf“ in das Sosein der gewordenen schlechten Grundhaltung setzt, abstrakt das „Eintretenmüssen für die Persönlichkeit“ isoliert³⁸. Diesen Ansätzen in der Strafrechtsdoktrin entspricht es, wie bereits vermerkt, die verbleibende wirkliche Problematik, die „Stärke und Schwäche“ des konkreten Subjekts empirisch-kriminologisch in nur vergegenständlichender Weise zu erfassen, also abgekoppelt von strikter Verbrechens- und Strafbegrifflichkeit. Das „Böse“ ist ein verpönter Begriff, in seiner unentwickelten Abstraktheit, Formalität mit gewissem Recht. Dieser Auffassung entspricht eine vergegenständlichende Reaktion, die das Recht des Subjekts daher nicht oder nur zufällig achtet. Im Ansatz dominieren technische Imperative der Verbrechensbekämpfung und -behandlung, bezugnehmend auf hypothetisch-pragmatische Imperative der Sozialnützlichkeit. Allenfalls daneben stehen ethische Erwägungen der Nächstenliebe, des Wohlwollens. Es handelt sich aber strikten Sinnes um das entwickelte und zu restituierende Rechtsverhältnis, um Strafgerechtigkeit. Darin ist

³⁷ Vgl. die Entwicklung des Bösen aus der formellen Subjektivität, dem Willkürmoment in § 139.

³⁸ Vgl. *Engisch*, ZStW 61, 1942, S. 166, 172 ff; ZStW 66, 1954, S. 339, 359 ff; MSchrKrim 50, 1967, S. 108 ff, 117 ff; *Heinitz*, ZStW 63, 1951, S. 57, 73 ff; *Dohna*, ZStW 66, 1954, S. 505, 508 f; *Eb. Schmidt*, ZStW 69, 1957, S. 359, 385 ff; zuletzt *Figueiredo Dias*, ZStW 95, 1983, S. 220, 239 ff. Kritisch *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, 2. Aufl. Heidelberg 1976, S. 149 f; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, S. 5 f.

die entwickelte Vermittlung von Recht und Strafrecht durch das moralische Subjekt unübergebar.

Gegen eine bloß objektiv-normative oder formell-moralische Verbrechens- und Strafauffassung und gegen den ihr entsprechenden vergegenständlichenden Ansatz ist es – anderenteils – prinzipiell berechtigt, Subjektivität und ihre Normhaltung (gegebenenfalls in ihrer Schwäche) selbst als handlungsmäßig konstituiert zu begreifen, neoaristotelisch Handlung und Haltung (Habitualität) in einen vertieften Begründungszusammenhang zu bringen³⁹. Indessen bleibt in bisherigen Ansätzen dieser Begründungszusammenhang einseitig formell-moralisch definiert. Das entspricht einer notwendigen Begrenztheit des großen *aristotelischen* Gedankens, der die moderne Wirklichkeit des autonomen Subjekts in immanent wirklicher Intersubjektivität noch nicht mitenthielt. Im vorausgesetzten Guten der Polis kann bei *Aristoteles* der habituell Schlechte nur selbstverschuldet so geworden sein, fällt ihm also alles zur Last⁴⁰. So verhält es sich auch, bei allen Unterschieden im einzelnen, nach jener neueren *Aristoteles*-Rezeption in der Strafrechtsdoktrin⁴¹: Sie ist teleologisch auf gültige institutionelle Voraussetzungen gerichtet, formuliert eine entsprechende (abstrakte) Pflicht des Individuums, deren

³⁹ E. A. Wolff, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg 1964, S. 24 ff; s. auch *Verf.*, a. a. O. (Fn. 28), S. 405 ff m. w. N.

⁴⁰ S. zunächst *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* III, 2 1110b, der Nichterkenntnis des Guten und Bösen als besondere Form von Schlechtigkeit auszeichnet, freilich einen Begründungszusammenhang von Handlung und Haltung voraussetzt. *Hegel*, *Rechtsphilosophie* § 140 Anm. a) bezieht sich in zumindest zweideutiger Weise, wohl eher affirmativ i. S. des „Rechts der Objektivität“ und gegen das zuvor betonte formelle Recht der Einsicht auf die zitierte Stelle: Schuld des vollständigen, gewissenlosen Sünders (*Pascal*). Es ist fraglich, ob die aristotelische Begründung bzw. das Erfordernis moderner kritischer Rekonstruktion aufgenommen wird.

⁴¹ S. bereits *Erik Wolf*, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen 1932, bes. S. 14 ff und insbesondere *Mezger*, *ZStW* 57, 1938, S. 675 ff; *ders.*, *Deutsches Strafrecht*, 3. Auflage Berlin 1943, S. 84 ff, dessen kritische Seite, die Freiheitsvoraussetzung in der Selbstbegründung der Person, „Täterschuld“ herauszustellen, sich in einer den Prozeß bloß beschreibenden, auf das Subjekt reduzierten Betrachtungsweise verliert, so daß im Ausgang von naturhaft-normaler Subjektconstitution alles Weitere zur Lebensführungsschuld zu werden droht; s. etwa *Lange*, *ZStW* 62, 1944, S. 175, 192 ff, 198 ff. *Welzels* Theorie der Persönlichkeitsschuld (s. *ZStW* 60, 1941, S. 429 f, *ders.*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage Berlin 1969, S. 150 ff), die normativ auf einen Mangel an Haltungsbildung abstellt, ist im Ansatz noch weniger kritisch. Dagegen ist *Bockelmann*, *Studien zum Täterstrafrecht*, Teil 2, Berlin 1940, bes. S. 145 ff in der Folge des Mezgerschen Grundansatzes konzentriert auf den wirklichen Prozeß der „Lebensentscheidungsschuld“; aber weder der genauere Zusammenhang der Hangconstitution noch das Intersubjektivitätsmoment sind zureichend erfaßt. *Mayer* (Fn. 8) bringt den Begriff der Lebensführungsschuld ohne weitere Ableitung in Zusammenhang mit kritischen Maßunterscheidungen, neigt aber in wesentlichen Fragen doch auch wieder zu bloßen Gefährlichkeitsunterscheidungen (a. a. O., S. 153 ff).

Verfehlung ihm ausschließlich – und mit um so schwerer Strafe (etwa des Gewohnheitsverbrechergesetzes von 1933) – zur Last gelegt wird. So ist auch diese Konzeption in Strafbegründung und -legitimation gegenüber dem konkreten Subjekt eher affirmativ unkritisch, kommt im Resultat dem vergegenständlichenden Ansatz nahe⁴².

3. Der konkrete Begründungszusammenhang von Verbrechen und Strafe

Das Verbrechen ist über den abstrakt-personal gesetzten und subjektiv-formellen Geltungswiderspruch hinaus die partikuläre Selbstnegation eines konkreten Rechtsverhältnisses. Dadurch begründet sich Strafrecht als Prozeß der (doppelt-negierenden) Selbstaufhebung des Verbrechens, sowohl durch das Subjekt, als auch durch das intersubjektive Verhältnis.

a) Das konkrete Rechtsverhältnis⁴³ begreift sich, nicht als (antike) „verhältnislose“ Identität von Individuum und Allgemeinheit⁴⁴, sondern als Einheit von Subjekt und Substanz⁴⁵. Das bedeutet eine subjektiv-intersubjektive Identität, Identifizierung zwischen Subjekt und Subjekt, dem einen und dem anderen als Grundform „sittlichen“ Verhältnisses konkreter Allgemeinheit, sodann systematisch entwickelt in Objektivationen von Normensystemen vermittelter Identität der verschiedenen Subjekte, jeweils sich niederschlagend in Haltung und Handlung solcherart konkreter Subjektivität.

Die „Sittlichkeit“, „Idee der Freiheit“, das „lebendige Gute“ sind als Verwirklichungsprozeß moralischen Handelns und als dessen Resultat

⁴² Bezeichnend ist eine kriminalpolitisch-instrumental reduzierte Tätertypologie; s. etwa *Mezger*, Das Typenproblem in der Kriminologie, München 1955, bes. S. 13 ff; *ders.*, Kriminologie, München und Berlin 1951, S. 150 ff.

⁴³ Das Folgende beschränkt sich auf den allgemeinen Begriff der Hegelschen Sittlichkeit (§§ 142–155 Rechtsphilosophie) und blendet die institutionelle Entfaltung aus; Detailinterpretation bei *Peperzak*, in: *Hegel-Studien* 17, 1982, S. 113 ff. Zur intersubjektivitätstheoretischen Rekonstruktion von der Logik her vgl. *Theunissen*, Sein und Schein, Frankfurt 1980, S. 433 ff; *ders.*, in: *Hegels Philosophie des Rechts*, Stuttgart 1982, S. 317, 324 ff; *Angehrn* (Fn. 19), S. 217 ff; *Fink-Eitel*, Dialektik und Sozialethik, Meisenheim 1978, S. 193 ff; von Hegels Fichte-Rezeption her erhellend *Siep*, Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie, Freiburg, München 1979. *Wildt*, Autonomie und Anerkennung, Stuttgart 1982, – letzterer mit einem der Rechtsproblematik nicht angemessenen Rekurs auf bloße Unmittelbarkeit; zutreffend *Roth*, in: *Hegel-Studien* 19, 1984, S. 368 ff.

⁴⁴ Rechtsphilosophie § 147 Anm.; dazu *Rameil*, in: *Hegel-Studien* 16, 1981, S. 123, 139 ff.

⁴⁵ Zu diesem Hegelschen Systemgrundsatz bes. *Henrich*, Hegels Logik der Reflexion, in: *Hegel-Studien Beiheft* 18, 1978, S. 204 ff.

zu denken⁴⁶: Konkrete Identität⁴⁷ von subjektiv-besonderem Willen in seinem moralitätslogisch entwickelten Verallgemeinerungspotential und der objektiven Formation. Die beanspruchte Einheit – gegenüber moralischem Solipsismus (*Hegels* Motiv der Moralitätskritik) und gegen die Teleologie einer objektiven Struktur⁴⁸ – besteht in begriffslogischer Gleichursprünglichkeit von moralischer Vernunftsubjektivität und intersubjektiven Objektivationen, welche sich wechselseitig handelnd und fortbestimmend aufeinander beziehen.

Nach der Seite der Objektivation ist das objektiv Sittliche, anstelle eines nur abstrakten Guten, „die durch die Subjektivität als unendliche *Form* konkrete Substanz“; *sie* – die subjekt-geformte konkrete Substanz – setzt daher Unterschiede in sich ... durch den Begriff ..., wodurch das Sittliche einen festen Inhalt hat, auch gegenüber *bloß* subjektivem Meinen (dem nur formellen Gewissen)⁴⁹. Die Formationen oder intersubjektiven Objektivationen und ihre Normgeltungsgemeinheit bestimmen und differenzieren sich also nicht teleologisch, materialinhaltlich – das ist moralitätslogisch-freiheitsgesetzlich ausgeschlossen –, sondern nach der Logik des Willens, den Stufen der Freiheit, auf welchen er sich Wirklichkeit gibt und das bedeutet auch: sich zu anderen verhält. Resultierende objektive Verhältnisse sind also zunächst notwendig durch die notwendigen Momente des Willensbegriffs⁵⁰.

Nach der Seite des Subjekts legt sich die „Identität des allgemeinen und besonderen Willens“⁵¹ nicht in eine verhältnislose Unterwerfung aus. Vielmehr gründet das Verhältnis subjekt-substantiell im (wechselseitigen) Akt einer Momenten reflexiver Selbstnegation entsprechenden Freisetzung seiner selbst und des anderen⁵², – eine Erweiterung über die

⁴⁶ Rechtsphilosophie § 142: „In dem Selbstbewußtsein sein Wissen, Wollen und durch dessen Handeln seine Wirklichkeit, sowie dieses am sittlichen Sein seine an und für sich seiende Grundlage und bewegenden Zweck hat“ – Resultat: „der zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewußtseins gewordene Begriff der Freiheit“.

⁴⁷ S. §§ 141 a. E. 143, 155.

⁴⁸ §§ 145, 146 einseitig gelesen; vorzüglich *Marquard*, in: Philosophisches Jahrbuch 72, 1964/1965, S. 103 ff. S. zur Aufhebung der Moralität in Sittlichkeit auch *Siep*, in: Hegel-Studien 17, 1982, S. 75, 94 ff; *Peperzak*, ebda. S. 113 ff.

⁴⁹ § 144; weitere Explikationen §§ 147 ff.

⁵⁰ S. Rechtsphilosophie §§ 5 ff, 10 ff, 157. Grobgliederung der Entsprechungen: Unmittelbare Intersubjektivität in der Familie, verständig-bedürfnis-orientierte Intersubjektivität in der gesellschaftlichen Beziehung, Gesamtorganisation der Wirklichkeit in umfassend vernünftiger Willensvermittlung im Staat. Die Verhältnisse bedingen und stabilisieren sich wie die Willensbegriffsmomente.

⁵¹ S. §§ 141, 143, 155.

⁵² In unzureichender Formulierung der furcht-angetriebenen wechselseitigen Selbstnegation im zweiten natürlichen Gesetz bei *Hobbes*, *Leviathan* I 14. *Kants* freiheitsbegründeter Übergang vom kategorischen Imperativ der Verallgemeinerungsform zur Materie der An-sich-Zweckhaftigkeit aller Vernunftsubjekte ist der das Rechtsverhältnis vorantrei-

Begrenztheit der subjektiven Vernunft hinaus um die Daseinsregelungskompetenz des anderen (dem Vorverständnis einleuchtend an schlüssig gelungenen „sittlichen“ Objektivationen – der Liebe, der Freundschaft, des guten Arbeitsverhältnisses usw.). Unter dieser Voraussetzung einer subjekt-substantiellen Verhältnisbegründung wechselseitiger Freisetzung im entwickelten System sittlicher Verhältnisse (also in idealer Entfaltung vorgestellt) definieren sich Recht und Pflicht – nicht des Subjekts, sondern des (konkreten) Menschen – auf spannende Weise korrespondierend: Die Rechtspflicht bezieht sich durch den abstrakt-personalen anderen Geltungsanspruch, durch die gleichfalls nur abstrakt-formelle moralische Selbstverpflichtung (das bloße Sollen) hindurch auf das substantiell Zugrundeliegende des wirklichen wechselseitigen Freisetzungsaktes und -prozesses. Pflicht bestimmt sich so zur Verbindlichkeit („für seinen Willen bindend“). Die substantielle Selbstberechtigung in wirklicher Freisetzung – „das Recht der Individuen für ihre subjektive Bestimmung zur Freiheit“, das ist ebenso „das Recht der Individuen an ihre Besonderheit“ – durch die intersubjektive Formation ist zugleich Grundbedingung der konkreten Rechtspflicht⁵³.

Es ist wesentlich einzusehen, daß die entwickelte subjektive Geltungsgemeinheit oder das wahrhafte Normwissen, die Normhaltung⁵⁴, woraus das Subjekt seine konkreten Handlungsmaximen erschließt, nach Konstitutionsprozeß und Resultat in jener begriffslogischen Gleichursprünglichkeit von Subjekt und intersubjektivem Verhältnis besteht, als subjektive Substanz eines Inbegriffs wirklicher Berechtigungs- und Verpflichtungsidentität seines praktischen Schließens. Die praktische Selbstkonstitution des Individuums im intersubjektiv-institutionellen Verhältnis ist nicht nur begriffen, sondern auch nach Bewußtseinsstufen und Gegenständlichkeit in eine der Willenstheorie entsprechende Bedeutungsfolge gebracht, – gelungener Formationen, ebenso

bende Ansatz; s. GMS, Akademie-Ausgabe IV, S. 420 ff, 427 ff; aufgenommen in der MdS. Zur Entfaltung des rechtsbegründenden Anerkennungsverhältnisses bei *Fichte* und *Hegel* s. *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre *J. G. Fichtes*, Berlin 1981 bzw. *Siep*, a. a. O. (Fn. 43).

⁵³ Vgl. §§ 153–155: „Der Mensch hat durch das Sittliche insofern Rechte, als er Pflichten, und Pflichten, insofern er Rechte hat“; aufgenommen im institutionellen Zusammenhang s. bes. § 261 (zur Stärke des Staates aus der Freiheit der Individuen, ihrer Rechts-Pflicht-Identität). Pflichtenlehre ist definiert als Entwicklung „sittlicher“ Verhältnisse dieser Einheit; s. § 148, als anderes Moment von Freisetzung, § 149, unterschieden vom abstrakt-rechtlichen Pflichtbegriff unmittelbar gegenüber der anderen Person (s. §§ 36, 38) und dem moralischen Pflichtbegriff aus dem einseitigen Recht des Subjekts (s. §§ 132 Anm., 134, 135); dazu auch *Peperzak*, a. a. O. (Fn. 43).

⁵⁴ Vgl. Rechtsphilosophie § 142 a. E. und, in Überleitung von der (antiken) Tugendlehre, § 151: „Gewohnheit als eine zweite Natur« der Individuen, ebenso wie das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit, „als eine zweite Natur“ ist (§ 4).

wie möglicher Deformationen des Verhältnisses wie des individuellen Habitus. Was *Aristoteles* zuerst als einen Begründungszusammenhang von ethischer Haltung und Handlung gefaßt hat⁵⁵, in neuerer Zeit zunächst abstrakt moralisch und insofern einseitig rezipiert⁵⁶, reformuliert sich so angemessen erweitert auf das subjektiv-intersubjektive Verhältnis⁵⁷. Man hat daher „Macht und Stärke“ entwickelter Institutionen oder aber ihre „Schwäche“ in konkreter Identität mit substantieller Normhaltung der Individuen bzw. im Verhältnis zum je einzelnen Individuum zu sehen. Die Geltungskraft der Institution ist danach ständig rückbezogen zu denken auf das Maß an konkret gelungener Freisetzung der moralischen Subjekte. Gegenüber dem, was man in

⁵⁵ Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, III, 7, 8 1113 ff, wo die vorausgesetzte Selbstbegründung (Freiwilligkeit) richtigen Wissens, praktischen Entscheidens und seiner schuldhaften Verfehlung von der aktuellen Handlung auf die zugrundeliegende Haltung bezogen wird; ergänzend II, 1 1103 a zum Erwerb der Charakterhaltungen durch Gewöhnung; s. *Gauthier/Jolif*, L'éthique à Nicomaque, Bd. 2, 1 S. 212 ff, 215 ff; *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena 1903, S. 254 ff; v. d. *Meulen*, Aristoteles, Meisenheim 1968, S. 255 ff; *Müller*, Praktisches Folgern und Selbstgestaltung nach Aristoteles, Freiburg, München 1982, S. 184 ff, 271 ff. Grundhaltungen der Person als Schlußgrund ihres Handelns sind, wie die Erfahrung zeigt, in entwickelter Form nicht im gleichen Sinne frei verfügbar, aber in ihrer handelnden Konstitution ihrerseits im grundlegenden Sinne einer praktischen Selbstbeziehung des Guten – durch Gewöhnung – frei erworben (S. 1114 b; sehr schön auch V, 13 1137 a); zur bewußtseinsphänomenologischen Vorprägung des Erfahrungsprozesses s. *Husserl*, Cartesianische Meditationen, Husserliana Bd. 1, Haag 1950, S. 41, 99 ff und öfter; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 2. Auflage Tübingen 1965, S. 329 ff; in bezug auf Verletzungswissen *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 24 ff. Die Voraussetzung einer selbstkorrumpierten Grundhaltung kann man in ihrer moralischen Geschlossenheit aus der vorausgesetzten Güte der Polis verstehen; dadurch wäre der Ansatz begrenzt. Anderenteils trägt *Aristoteles* ihn selbst in einer davon gelösten Abstraktheit und Maßoffenheit vor („Ziel nicht von Natur . . ., sondern zu einem Teil auch durch ihn bedingt“). Naturfestgelegtheit des Charakters schließt schon er aus (s.o. Vgl. insoweit zur Unfestgelegtheit auch *Gehlen*, Der Mensch, 6. Aufl. Bonn 1958, S. 33 ff, 390 ff, 406 ff, auf dessen problematische Teleologie es hier nicht ankommt), weshalb hier keine begründete Einwendung gegen „Lebensführungsschuld“ besteht (s. aber etwa *Bokkelmann*, Täterstrafrecht, 2. Teil, S. 135 f; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, S. 150, 155 m. w. N.).

⁵⁶ S. o. bei Fn. 41.

⁵⁷ *Rousseau* hat neuzeitig die gesellschaftliche Verderbnis des Individuums betont und analysiert; vgl. etwa den Anfang des „Emile“ und dazu *Cassirer*, Das Problem J.J. Rousseau, Neudruck Darmstadt 1975, S. 29 ff. – Eindringlicher Überblick über den Gedanken der Identitätskonstitution in intersubjektiver Vermittlung und seine Wendungen von der Philosophie des deutschen Idealismus bis in die moderne Sozialpsychologie bei *Pannenberg*, Anthropologie in theologischer Perspektive, Göttingen 1983, S. 151 ff, aufgenommen 212 ff, Abstraktion dann aber beim Schuld- und Strafproblem, S. 258 ff, 278 ff. *Lau*, Interaktion und Institution, Berlin 1978, versucht sozialpsychologische und soziologische Ansätze in einer Theorie von Handlung, Habitualität und Institution zusammenzuführen, hat aber an deren Mangel einer zu formalen, die normative Relevanz offenlassenden Fassung teil (bes. S. 164 ff; zur Verantwortung institutioneller Strukturen 200 ff).

kritischer Wendung gegen teleologischen Objektivismus die Asymmetrie des *hegelschen* Rechtsverhältnisses (Anerkennungsverhältnisses) genannt hat⁵⁸, hält sich die subjekt-substantiell formende Gleichheit in der ursprünglich produktiven Freisetzung- und Selbstnegationstätigkeit in das entwickelte Verhältnis hinein durch. Selbständigkeit, Festigkeit der Objektivität aus der Perspektive einer systematisch ideal konstituierten sittlichen Formation sind so subjekt-substantiell voraussetzungsreich und entsprechen immer einer freiheitsgesetzlich konstituierten Normhaltung der Subjekte. Ihre Präponderanz gegenüber dem Subjekt kann sich also nur aus dem fortgeschrittenen Entwicklungsstand vernunftschlüssiger Systematik des Verhältnisses ergeben (der vieltausendjährigen Arbeit der Vernunft, der Vernünftigkeit der Wirklichkeit, soweit sie es ist). In diesem Sinne hält und setzt sie sich durch gegen die Endlichkeit der individuell-subjektiven Vernunftanstrengung in ihrer prinzipiellen Schwäche, die deshalb selbst besten Willens nicht in einem Zuge die Wirklichkeit organisieren kann⁵⁹ und auch im Einzelakt ihrer Materialbezogenheit immer wieder unterliegen mag.

Das Maß konkreter Identität definiert den wirklichen Entwicklungsstand sittlicher Verhältnisse, sowohl nach der Seite des Bestandes einer freiheitlichen Formation überhaupt, als auch des gelungenen Einbezuges eines Subjekts. Negativ gewendet: Der Mangel konkreter Identität im Habitus des Subjekts bedeutet zugleich Mangel sittlichen Verhältnisses, in qualifizierter Weise: Deformation. Subjektiv moralisches Kriterium für den konkreten Stand des Verhältnisses ist das auf der explizierten Gleichursprünglichkeit der Subjekt-Substanz beruhende wahrhafte Gewissen der Subjekte⁶⁰, ihre Gesinnung von der konkreten Identität, der grundsätzlichen Rechts-Pflicht-einheit oder aber Nichtidentität der Subjekte – das heißt sowohl des einen, als auch des anderen, der anderen, welche eine objektive Formation zu repräsentieren beanspruchen.

In bezug auf die existierende Nichtidentität, also den Mangel einer substantiellen Rechts- und Pflichtbestimmung und wahrhaften Gewissens ist freilich ein relativ allgemeineres Verhältnis⁶¹, ein Konstitutionsverhältnis hin zu entwickelten intersubjektiven Verhältnissen noch vor konkret gefestigten Resultaten auszuzeichnen. Insofern ist das tätige Eingehen auf den anderen, insofern er selbstnegierend-freisetzend eine

⁵⁸ *Siep* (Fn. 43), S. 278 ff; s. § 155 und die besonders wichtige Aufnahme in § 261 m. Anm.

⁵⁹ Selbst wenn wir uns den Menschen, wie *Kant*, *Metaphysik der Sitten* § 44 sagt, so gutartig und rechtliebend wie möglich denken.

⁶⁰ Von *Hegel*, *Rechtsphilosophie* § 137 als absolut berechtigt, „ein Heiligtum“ ausgesagt; zutreffend *Siep*, a. a. O. (Fn. 48).

⁶¹ Impliziert in §§ 142 ff, 144.

konkrete Identität zu entwickeln ansetzt, relativ allgemeinere substantiell freiheitsgesetzliche (sittliche) Pflicht, da sie einer gegenseitig intendierten Rechtseinräumung entspricht⁶².

b) Das konkrete Verbrechen ist Selbstwiderspruch, Selbstnegation von Geltungsallgemeinheit im und in bezug auf ein konkreten(s) Rechtsverhältnis. Konkrete Identität in ihrer jeweiligen Entwickeltheit ist daher vorausgesetzter Inhalt des (partikulären) Selbstverlustes. Das Verbrechen ist daher nach Realisationsprozeß und Resultat der zweiseitig-wechselseitigen Konstitution des wirklichen Rechtsverhältnisses gemäß – in dieser Doppelbezüglichkeit – zu bestimmen.

Von seiten des Subjekts aus ist der Prozeß der Verbrechensrealisation – die interpersonale Setzung der Verletzung des Rechts als Recht im formell-selbstwidersprüchlichen (unrechtsbewußten) Willen – inhaltserfüllt erst durch die verkehrende Negation eines vorgängig selbstschlüssig bezogenen Rechts-Pflicht-Verhältnisses, ursprünglich bestehend in der anerkannten Personalität des anderen und ihrer Vergegenständlichung, mit entwickelterem Stand intersubjektiver Verhältnisse fortbestimmt zu komplizierteren Rechtsgütern⁶³. Erst durch den wirklichen Bestand des Verhältnisses, der konkreten Rechts-Pflicht-Identität wird der existierende verbrecherische Wille zum inhaltlich-wirklichen Identitätswiderspruch. Das subjektive Kriterium dessen ist das wahrhafte (schlechte) Gewissen des selbstwidersprüchlich handelnden Subjekts; und die Begründung des konkreten Verhältnisses ist sein zureichender Grund. Das bedeutet aber, daß man im Klärungsprozeß durch alle analysierten Verstellungsmöglichkeiten hindurch darauf auch wirklich stoßen muß und übrigens nur so die Verstellung als solche auszumachen vermag⁶⁴.

Andererseits ist das Verbrechen notwendig eine auch durch das Verhältnis selbst begründete Selbstnegation. Jegliche Tat auch des Freiesten ist nur unter formellem Betracht eine bloß individuell-selbstbegründete. Konkret begründet sie sich – ganz abgesehen von unwesentlichen äußeren Anlässen und Bedingungen – mit im Normhabitus des Subjekts und insofern, nach dem Gesagten, gleich-ursprünglich durch das Verhältnis und seinen Entwicklungsstand selbst. Die Negativveränderung des Verhältnisses in Tat und Normhabitus des Subjekts ist so durch habituelle Voraussetzungen zweiseitig selbstbegründet. Der Standpunkt des konkreten Rechtsverhältnisses, der Subjekt-Objekt-Identifizierung gegenüber dem abstrakten Recht und der formellen Moralität nötigt also

⁶² In der kantischen Formel des kategorischen Imperativs der Anerkennung der Selbstzweckhaftigkeit eines jeden Vernunftwesens ist die Prozeßqualität wechselseitig freisetzender und einschränkender Verhältnisbildung grundlegend formuliert; s. o. Fn. 52.

⁶³ *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 95 Anm.

⁶⁴ Möglicherweise gegen die objektivistische Wendung in § 140 Anm. a.

dazu, die definierbare (sittliche) „Stärke“ oder „Schwäche“ des Subjekts – und zwar nicht die konstitutionelle, auch nicht diejenige seiner Vernunftlichkeit überhaupt, sondern im Entwicklungsstande seiner Normhaltung – und daher seinen Unrechtswillen zugleich als Qualität und Quantität, d. h. „Stärke“ oder „Schwäche“ des gesamten Verhältnisses zu begreifen.

Demgemäß muß unterschieden werden:

Der entwickelte Stand eines konkreten Verhältnisses in habitueller Rechts-Pflicht-Identität eines Subjekts – die „Stärke“ einer Formation – läßt Verbrechen und Strafe eine partikuläre, in Begründung und Maß relativ unproblematische Randerscheinung sein⁶⁵. Der Prozeß der Selbstwiderspruchsbegründung fällt in seiner relativen Punktualität dem Maß nach wesentlich in das entwickelt freie Subjekt, das in voller Entwicklung seines wahrhaften Gewissens handlungs-, haltungs-, verhältnisorientiert sich fehlentscheidet. Zwar bleibt die Rekonstruktion des partikulär negierten Verhältnisses grundsätzlich auf die negierende, darin zugleich wieder freisetzende Tätigkeit des Strafens angewiesen. Aber gegenüber dem Freien im entwickelten Verhältnis reicht eine entsprechende partikuläre Negation zu; die darin liegende Bestimmtheit des schon entwickelten Verhältnisses genügt, ohne daß es noch weiterer Rechtsverhältniskonstitution bedürfte. Daraus erklärt und legitimiert sich die fortschreitende Tendenz zur Milderung, Rücknahme von Sanktionen gegenüber an sich „angepaßten“ Tätern selbst im Bereich objektiv mittelschwerer Taten.

Im vorgängigen bloßen Mangel konkreter Identität, subjektiv ausgewiesen im mangelnden schlechten Gewissen (Unrechtsbewußtsein), ist die Rede von Verbrechen, von Schuld insofern, d. h. im je konkreten Betracht, ohne Grund. Im Extrem kennzeichnet sich das als naturzuständige Beziehung. In jeweils bestimmten Hinsichten bilden Beispiele der konkrete Identitätsmangel Schuldunfähiger, das Fehlen bestimmter Normkategorienbildung eines Kulturkreisfremden (z. B. fehlende Anerkennung des Tötungsverbotese in besonderen Hinsichten aufgrund gegensätzlicher Normhaltung), der Mangel an Einbeziehung des noch unentwickelten Rechtssubjekts in ein vernunftüberlegen schon konstituiertes Verhältnis von „Familie oder Staat“⁶⁶. Freilich kann – in einem Abstraktionsschritt konkreter Identität zurück – das jeweilige Handeln ein zugrundeliegendes Konstitutionsverhältnis (unrechtsbewußt-böse) negieren. Das kann sowohl im ursprünglichen Einbeziehungs-(Bil-

⁶⁵ Die straftheoretische Bestimmung der Milderung infolge der Macht der Gesellschaft, § 218, ist nicht einseitig, sondern im Kontext der zitierten Stellen §§ 155, 261 zu verstehen (s. o. bei Fn. 58).

⁶⁶ *Hegel*, Rechtsphilosophie § 93.

dungs-)Prozeß des Individuums eintreten (d. h. bei der Erziehung des Kindes), als auch bei späterer Fortbildung von Rechtsverhältnissen (etwa mit dem zunächst Kulturkreisfremden). Die Geltendmachung der notwendigen Verhältnisbegründung und ihres relativen Vorrechtes (z. B. die bloße Erziehung, sei sie auch mit Zwang verbunden) geht hier fließend über in die strafende Reaktion auf die insofern abstrakter-böse Negation des Konstitutionsverhältnisses (im Beispiel: Erziehungsstrafe). Jener Mangel, als bestimmte Negation betrachtet, bedingt die Realmöglichkeit dieses abstrakteren Bösen. Insofern es an substantiell-konkretem Halt in entwickelteren Verhältnissen, entsprechend entwickelter Normhaltung noch fehlt, wird formelles Agieren um so leichter möglich sein, also die Verletzung von Grundverhältnissen, die im konkreten Schlußzusammenhang mit der entwickelten Formation für das Subjekt in seiner Rechte-Pflichten-Identität sonst selbstverständlich aufgehoben sind. Beispiele sind die formelle Willkür kindlichen, jugendlichen Verletzens und, in historischem Betracht ungefestigt-jugendlicher Verhältnisse überhaupt, die Unberechenbarkeit des Heros. Die Mangelhaftigkeit, die relative Schwäche des Subjekts und des Verhältnisses zeigen sich als Voraussetzungen des Verbrechens. Das dem angemessene Moment der Strafe tritt hier im Ganzen zurück gegenüber der noch ausstehenden Konstitution konkreter entwickelter Verhältnisse. Weder Strafe, noch notwendiger Zwang dürfen die Bildungsoffenheit für deren Konstitution negieren. Die Bestimmtheit dieser Negation – also gerade nicht die bloße Negativität der Strafe – ist substantiell fortsetzende Befreiungstätigkeit in das noch Ausstehende.

Auszuzeichnen ist schließlich die existierende Deformation, im Unterschied zum bloßen Mangel des noch ausstehenden konkreteren Verhältnisses, seine sich im Habitus des Subjekts niederschlagende Verkehrung. Eine gültige Form dessen ist, vom *aristotelischen* Ansatz ausgehend reformuliert, die reflexiv-selbstwidersprüchliche Handlungshaltungsentscheidung und -bildung durch wiederholte Unrechtstaten des relativ Freien, – die institutionelle Realmöglichkeit dessen freilich auch hier immer vorausgesetzt. Tat-tätertypologisch ist hier zu denken etwa an Intensivtäter des von *H. Mayer* herausgestellten Typs („energischer aktiver Vermögensverbrecher“), wie sie sich in die gesamte Lebensführung umbildenden organisierten Kriminalitätsformen finden. Davon unterscheidet sich die wesentlich institutionell, verhältnisbedingte Normhaltungsdeformation. Durch Handlung und Haltung anderer – ein vorausgesetzt deformiertes intersubjektives Verhältnis – wird einem Subjekt die substantielle Berechtigung als notwendiges Begründungsmoment seiner konkreten Rechts-Pflicht-Identität und entsprechender Habitualität tätig negiert. Das Subjekt, dem so die Freisetzung- und Verbindlichkeitsidentität in bestimmter Hinsicht verschlossen wird,

bleibt nicht nur vorübergehend in der Realmöglichkeit jenes (allgemeineren) Bösen; es bildet vielmehr eine gegensätzliche Identität als Gewohnheit („zweite Natur“) negativer Intersubjektivität aus, wird – bildhaft gesprochen – „aus der Bahn geworfen“. Sein Verbrechen, wenn es dies in allgemeinerer Form überhaupt noch als eine freie Negation eines ursprünglich zugrundeliegenden Konstitutionsverhältnisses ist, und das Subjekt nicht auch darin zerstört ist (was bei bestimmten pathologischen Formen der Fall ist), – sein Verbrechen ist dann wesentlich dasjenige der De-formation, „Schuld der Gesellschaft“ in einem freilich zu spezifizierenden, maßgerechten Sinne.

Für die Haltungsdeformation durch Verkehrung der (sittlichen) Formation wird also das in Anspruch genommen, was zur Angewiesenheit des endlichen individuellen Subjekts auf die Freisetzungstätigkeit anderer – und zum zeitweiligen Übergewicht der Formation (ihrer Asymmetrie) – gesagt wurde. Es ist also die relative, nicht bloß konstitutionelle, Schwäche des einzelnen endlichen Subjekts, seine noch unentwickelte Vernunftwirklichkeit im Verhältnis zu anderen Subjekten, woran die Deformation anknüpft. Demzufolge müssen auch intersubjektive Verhältnisse in ihren Bedeutungsunterschieden für die wirkliche Freiheitshaltung des Subjekts bzw. ihre in Haltung sich niederschlagende Deformation vorgestellt werden. Das heißt vor allem, Familie und (bürgerliche) Gesellschaft – versteht sich im Sinne analytisch-systematischer Begriffe, nicht etwa als Unterscheidungsmerkmale gegenwärtig existierender sich gegensätzlich verstehender politischer Systeme – in ihren Bedeutungen für die Konstitution konkreter Subjektidentität zu unterscheiden, und zwar sowohl im direkten Verhältnis zu diesem, als auch – in mittelbarer Relevanz für das Subjekt – im Verhältnis zueinander. Letztendlich ist es der Stand bzw. die Verfehlung vernünftiger staatlicher Gesamtorganisation auch der unterstaatlichen intersubjektiven Verhältnisse – durchaus im Sinne handlungskategorialer Gesamtverantwortung des Ganzen –, wovon auch die Möglichkeit qualifizierter Deformationen mit abhängig ist⁶⁷. Diese systematischen Zusammenhänge können hier nicht vollständig entwickelt werden. Herausgestellt sei jedoch der Unterschied zwischen einer konkreten Identitätsbildung in unreflektierter Unmittelbarkeit des Verhältnisses einerseits und in subjektiv reflektierenden Beziehungen andererseits; ihr entspricht ein unterschiedliches Maß von Freiheit bzw. Abhängigkeit des Individuums gegenüber der Formation. Allgemein geschärfter Erfahrung entsprechend kommt deshalb der unmittelbaren Habitusbildung im Verhältnis der (deformierten) „Primärgruppe“ – Familie im Sinne des systematischen Begriffs – zum noch unentwickelt-„schwa-

⁶⁷ Zum umfassenden Handlungszusammenhang der Verhältnisbildung, s. § 261.

chen“ Subjekt grundlegende Bedeutung zu. Das Übergewicht notwendiger Freisetzungstätigkeit anderer, d. h. zunächst unmittelbar gefühlsmäßig rechtsvernünftiger Mitglieder (der Familie), ist hier am größten, ebenso daher das ursprüngliche Verderben durch deren verkehrte Negation. Unmittelbare Einheit bzw. der unmittelbar-unreflektiert gesetzte (Selbst-)Widerspruch negierter Identität in der ursprünglichen praktischen Haltung ist schuldloser Grund einer dann reflektierten Selbstkonstitution in intersubjektiven Bezügen, – grundlegend also auch in dem Sinne, daß alle vermittelten Anerkennungsleistungen darauf basieren. Von Seiten des Subjekts ist es das abstrakteste Böse, sich dann reflexiv auf ein schon vorgängig unmittelbar-unreflektiert in Gewohnheit übernommenenes, reflexiv durch andere Vernunftsubjekte gesetztes Negieren eines grundlegenden Konstitutionsverhältnisses zu beziehen. In der Tiefe jener grundlegenden Deformation wird man, auch für deren reflexive Fortentwicklung, noch zu unterscheiden haben, ob sie sich auf das unmittelbare Anerkanntsein der Personalität im Übergang zu ihrer Vergegenständlichung (Ur-eigentum) oder interpersonal vermittelte Weisen des Sich-verlassens auf den anderen (Ur-vertrag) beziehen. Danach begründen und unterscheiden sich spezifische Normhaltungsdeformationen im Ursprung und in der Verletzungsrichtung, und tätertypologische Unterscheidungen müßten dem entsprechen. Demgegenüber erscheint die Normhaltungsdeformation, welche auf mangelnder gesellschaftlicher Berechtigung (im Arbeits- und Eigentumbildungsprozeß) wesentlich beruht, für sich genommen weniger grundlegend, – ihre mittelbare Auswirkung in depravierte Primärverhältnisse also angenommen. Freilich bleibt auch sie relativ selbständiger Anknüpfungspunkt für der Entfremdung entsprechende reflexiv-autonome Haltungsbildungen in bestimmten Richtungen (etwa der Vermögenskriminalität).

Das konkrete Verbrechen hat auf diesem Stande in spezifischer Weise nicht bloß abstrakt-rechtliche und subjektiv-moralische, sondern „sittliche“ Qualität. Die Negation des Rechts als Recht ist wohl zwar durch den besonderen Willen des Täters gesetzt, und insofern er überhaupt ein Vernunftsubjekt ist, handelt er in reflexiver Negation eines allgemeineren Konstitutionsverhältnisses überhaupt schuldhaft⁶⁸, wiewohl bei rela-

⁶⁸ Insofern bleibt der moralische Begründungszusammenhang erhalten; vgl. zum Schuldgefühl selbst des „verruhten Menschen“ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, Einleitung I, Akademieausgabe Bd. VI, S. 380; *Hegel*, *Rechtsphilosophie* § 140 Anm. a; *Arthur Kaufmann*, a. a. O. (Fn. 12). Eine Auffassung, welche das Individuum nur als Durchgangsstelle einer Systemverantwortlichkeit ansetzte, ist also unberechtigt; übereinstimmend *Kargl*, *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt/M. 1982, S. 375 ff, der mit seiner Kritik nur einen dogmatischen Schuldbegriff, nicht aber das Prinzip in seiner freiheitsgesetzlich entwickelten und freiheitswahrenden Bedeutung meinen kann.

tiv geringerem zu überwindendem Normhaltungswiderstand in sich selbst wesentlich geringer gewichtig. Aber der Haltungsgrund der Tat ist – im Unterschied zur vornehmlich autonomen Selbstverderbnis – Entsprerung eines deformierten, durch anderer Handeln negierten „sittlichen“ Verhältnisses; denn von seiten anderer Vernunftsubjekte läßt sich die ursprüngliche Negation des konkreten Konstitutionsverhältnisses (z. B. die grundlegende Vernachlässigung des Individuums) als, sei es auch seinerseits habituell-institutionell vermittelt, böse begreifen. Insofern ist das Verbrechen als Haltungs-Handlungs-Resultat intersubjektiv-allgemein mitgesetzt⁶⁹.

c) Für die Strafe folgt daraus, daß die In-sich-Nichtigkeit, die Selbstnegation des Verbrechens sich auch auf die institutionelle Deformation zu richten hat. Strafe verwirklicht sich daher als wechselseitig bestimmte Negation des Unrechts, also eine zweiseitige Selbstnegation des Subjekts und der deformierten Intersubjektivität⁷⁰.

Einesteils, gegenüber dem Delinquenten, besteht Strafe nach Grund und Ausmaß seines Verbrechens, seiner (abstrakteren) Schuld zu Recht. Nur die abstrakt-moralisch gefaßte ausschließliche Bestimmung der „Lebensführungsschuld“ – und ihre übermäßige Folge – erweist sich als verfehlt. Anderenteils, auf seiten des deformierten Verhältnisses, bedarf es, seiner Präponderanz gemäß, eines entsprechend hohen Maßes an Selbsteinschränkung der Allgemeinheit bzw. Freisetzungstätigkeit im Verhältnis zum Täter. Das ist keine ethische Wohltat, auch keine sozialstaatliche Hilfe gegenüber einer ursprünglicheren oder zufälligen Schwäche des Subjekts gleichsam neben dem Strafrecht – für moralische und pragmatische Handlungsintentionen bleibt ohnehin noch genug zu tun –, ist auch verschieden von der Bildungstätigkeit gegenüber noch unentwickelten Individuen. Es ist vielmehr eine strikt strafrechtliche Bestimmung gegenüber der Formation, ihr entsprechend ein Recht des

⁶⁹ Auch kriminologische Tätertypologien, ausgehend von *von Liszt* instrumental als Behandlungstypologien gefaßt und danach Phänomenologie und Struktur ordnend (s. den Überblick bei *Göppinger*, *Kriminologie*, 4. Auflage, München 1980, S. 438 ff; charakteristisch *Mezger*, Typenproblem; *Kriminologie*, S. 158 f; *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage* S. 160 ff), müssen im freiheitsgesetzlichen Verbrechens- und Strafbegründungszusammenhang aufgenommen werden; Ansätze bei *H. Mayer*, a. a. O. (Fn. 8); *Hellmer*, *Verdirbt die Gesellschaft?*, Zürich 1981, bes. S. 44 ff. – Zur normativ besonderen Relevanz der Primärgruppe s. etwa *Eisenberg*, *Kriminologie*, Köln usf. 1979, S. 531 ff; *Lüderssen*, *Kriminologie*, Baden-Baden 1984, S. 97 ff.

⁷⁰ Die besondere Verwirklichungsweise des Strafrechts in der bürgerlichen Gesellschaft, s. *Rechtsphilosophie* §§ 218 ff, ist die reflexiv schlüssige Auseinandersetzung aller Momente, hat freilich die Verhältniskonstitution und ihre Unterscheidungen im Gesamten der Sittlichkeit zur (kritischen) Voraussetzung.

Subjekts auf ein sittliches Verhältnis auch im reagierenden Restitutionsprozeß des Strafens⁷¹.

Die Konsequenzen können nur der allgemeinen Tendenz nach bezeichnet werden.

Im Bereich der geringfügigen Delinquenz der habituell deformierten „traurigen Schelme“ (*H. Mayer*) muß die Zuständigkeit des Strafrechts überhaupt zurückgenommen werden. Integriert in eine materiellrechtlich angemessene Reaktionsweise auf Bagatelldelinquenz muß zusätzlich jener tätersubjektive Bagatelldeliktcharakter anerkannt werden. Der nicht nur zweckrational sinnlose, sondern vor allem ungerechte Verschärfungszirkel, der sich an Rückfälligkeit per se anknüpft, muß verlassen, die in der kürzlichen Aufhebung des bisherigen § 48 StGB im Ansatz vorhandene Einsicht systematisch verallgemeinert werden (etwa auch für die Reduktion der offenen Ausnahme vom Verbot der kurzen Freiheitsstrafe nach § 47 StGB, die Anwendung der §§ 153, 153 a StPO usw.). Mit weiter freiheitsvernichtenden Mitteln das Verderben anzugehen, welches präponderant aus nicht vernünftig geordneten Verhältnissen resultiert, ist eine grundsätzliche Fehlbestimmung des Strafrechts. Der Unbegriff der Kriminalpolitik, im Sinne von Instrumentalisierung des Strafrechts, muß in guter (*aristotelischer*) Politik aufgehoben werden.

Im übrigen handelt es sich um spezifische Maßfragen. Grundsätzlich muß die erhöhte Freisetzungstätigkeit als Rechte-Pflichten-Bestimmung Qualität und Quantität der Strafe mitdefinieren, darf nicht als kategorial anderes neben herkömmlichen Qualitäts- und Quantitätsdifferenzierungen, etwa der zeitlichen Dauer von Freiheitsstrafe stehen. Im Bereich schwererer Handlungsdelinquenz ist also strafrechtlich, d. h. im Strafmaß strikten Sinnes, gefordert eine aus der institutionellen Mitbegründung resultierende um so intensivere Freisetzungstätigkeit in der Negation des Verbrechens, je größer das haltungsmäßige Verderben erscheint. Soweit bei schwersten Delikten und entsprechend deformierter Haltung des Subjekts das Freiheitsbedrohliche der Freiheitsstrafe nicht vermieden werden kann (insbesondere durch das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung und seine freisetzende Ausgestaltung), muß die konkrete Vollzugsgestaltung – als Strafmaßbestimmung strikten Sinnes – der entwickelten Begründung entsprechen. Das notwendige negative Moment der Strafe in bezug auf schwere haltungsmäßig verfestigte Strafunrechtsneigung (und das darin implizierte Sicherungsmoment) darf sich nicht absolutsetzen und damit die Realmöglichkeit der Freiheitsrestitution eliminieren; ohnehin sind „Sicherungsstrafe“, „Siche-

⁷¹ S. Rechtsphilosophie §§ 155, 261.

rungsverwahrung“ Un-rechtsbegriffe. Vielmehr muß diese Möglichkeit in einer rechtsgleich auf Freisetzung zielenden Vollzugsform gewahrt werden, — in Unterscheidungen nicht nach Gründen instrumenteller Zweckrationalität⁷², sondern konkreter Strafgerechtigkeit.

⁷² Die Klassifizierungs- und Behandlungstechniken des modernen Vollzugsystems, die gravierende Freiheitschancenunterschiede nach bloß instrumentalen Kategorien ermöglichen vermittels offener Begriffe des Strafvollzugsgesetzes wie „Eignung“ des Gefangenen etc. (Überblick bei *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug, 3. Auflage, Heidelberg 1983, S. 79 ff, 86 ff, 137 ff, 147 ff) sind als Subjekt-Objekt-Vertauschung grundsätzlich unrechtlich (vgl. etwa die Argumentation von OLG Celle NStZ 1984, 142; KG NStZ 1984, 239 zur praktischen Beliebigkeit der Verlegung oder Nichtverlegung in eine sozialtherapeutische Abteilung; aufschlußreiches Material zur instrumentalen „Selektion“ bei einer sozialtherapeutischen Einrichtung bei *Dünkel/Nemec/Rosener*, MSchrKrim. 69, 1986, 1 ff). Sie müssen durch vertiefte Tat-Täter-Schuldunterscheidungen und eine allenfalls darauf beruhende Typologie aufgehoben werden.

Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung

Zur Fassung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung

JOACHIM SCHULZ

Mit den folgenden Bemerkungen wird nicht das Ziel verfolgt, die Umrisse einer neuen Kausalitätstheorie vorzustellen. Vielmehr soll die gegenwärtige Fassung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung in einigen Punkten verbessert werden. In dieser Absicht sind sie dem Ethos des Jubilars verpflichtet, wonach dem Fortschritt in Wissenschaft und Praxis oft besser gedient ist, wenn man vorhandene Ansätze weiterdenkt und präzisiert, statt radikale Umorientierungen anzubieten.

I.

Nach der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung ist ein Ereignis (Bedingung) für ein anderes zeitlich unterscheidbares und nicht logisch impliziertes Ereignis (Wirkung) dann kausal, wenn die beiden Ereignisse in ihrer Aufeinanderfolge (natur-)gesetzmäßig verknüpft sind¹. Die Frage, wann eine solche Verknüpfung vorliegt, wird heute vorzugsweise mit einem Rückgriff auf die aus der Wissenschaftstheorie stammende Theorie der *kausalen Erklärung* beantwortet². Deren übliche Formulierung lautet:

Eine Gruppe von Einzelereignissen $A_1, B_1, C_1, \dots, N_1$ erklärt dann ein Ereignis E_1 , wenn aufgrund allgemeiner Gesetze Ereignisse der Typen A, B, C, \dots, N regelmäßig von einem Ereignis des Typs E begleitet werden³.

¹ *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21.

² So explizit oder durch Verweisung *Bernsmann*, ARSPh. 1982, S. 536 ff; *Jescheck*, AT, 3. Aufl. 1978, S. 227 und in LK, Rdn. 51 vor § 13; *Kindhäuser*, GA 1982, S. 477 ff, 479 ff; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 20 ff und AT, S. 157; *Lackner*, StGB, 16. Aufl. 1985, Anm. 3 I c vor § 13; *Puppe*, ZStW 1980, S. 863 ff, 874 ff; *Rudolphi* in SK, Rdn. 41 ff vor § 1; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 30 ff; *Schönke/Schröder/Lenckner*, 22. Aufl., 1985, Rdn. 76 vor § 13; *Walder*, SchwZStr. 1977, S. 113 ff, 136 ff; *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 46 f; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 13.

³ *Hempel*, Aspects of scientific explanation and other Essays in the Philosophy of Science, 1965, S. 231 ff und 245 ff; *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 1, 1974, S. 86 f. In der juristischen Literatur finden sich Darstellungen bei *Kindhäuser*, *Puppe*, *Walder* (jew. Fn. 2) und *Mairwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980, S. 64 ff, der allerdings den Erklärungscharakter des Modells bestreitet (S. 66 ff).

Aufgeschlüsselt:

- a. Gegeben ist die Beschreibung einer Gruppe von Einzelereignissen $A_1, B_1, C_1, \dots, N_1$ (Antecedensbedingungen).
- b. Gegeben sind L_1, L_2, \dots, L_n (allgemeine empirische Gesetze)
- c. Aus diesen Sätzen folgt logisch die Beschreibung eines Ereignisses des Typs E.
Ist ein Ereignis vom Typ E bereits eingetreten, so wird es durch die Sätze unter a. und b. *erklärt*, wenn nicht, so kann es aufgrund derselben Sätze *vorhergesagt* werden. Logisch besteht kein Unterschied zwischen einer kausalen Erklärung und der Struktur einer Vorhersage⁴.

Auf dieser Basis läßt sich nun der genaue Inhalt der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung formulieren. Dann, genauer: nur dann, wenn der Täter eine (Antecedens-)Bedingung gesetzt hat, die Bestandteil eines so aufgefaßten Schemas der kausalen Erklärung ist, kann er kausal für einen Erfolg gewesen sein. Das schwache „kann“ ist deshalb gewählt worden, weil nicht notwendig mit der Realisierung einer gesetzmäßigen Bedingung schon die Kausalität feststeht⁵.

II.

Bereits diese Rohfassung läßt die entscheidenden Punkte hervortreten, die für eine Analyse der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung von Bedeutung sind. Ihr hervorstechendes Merkmal besteht darin, daß die Lösung eines Zurechnungsproblems von einer Theorie der kausalen Erklärung abhängig gemacht wird, die ihrerseits mit einer Prognoseformel strukturgleich ist beziehungsweise die – in juristisch geläufigen Kategorien formuliert – nichts weiter darstellt als eine objektiv-nachträgliche Prognose. Plausibel ist diese Verknüpfung nicht. Zwar geht es jeweils um Kausalitätsfragen. Doch stellen sie sich dem Juristen anders als dem Wissenschaftstheoretiker oder Naturwissenschaftler, ja selbst anders als dem Historiker. Den Juristen interessiert vorrangig nicht, wie ein Erfolg zu erklären ist, sondern, ob er zugerechnet werden kann. Das hat schon *Engisch*⁶ betont, freilich im Zusammenhang mit der Verteidigung der Adäquanztheorie als Kausalitätstheorie. Bei der Behandlung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung⁷ dagegen formuliert er der Sache nach nichts anderes als das, was später von Wissenschaftstheoretikern das Hempel/Oppenheim-Schema genannt werden sollte⁸.

⁴ Vgl. *Hempel*, Aspects (Fn. 3); *Stegmüller*, Probleme (Fn. 3), S. 153 ff.

⁵ Vgl. unten IV.

⁶ Kausalität (Fn. 1), S. 48.

⁷ Ebenda, S. 32 f.

⁸ Vgl. *Stegmüller*, Probleme (Fn. 3), S. 75, 86; aber auch *Bernsmann*, ARSPH. 1982, S. 536 ff, 540.

III.

Daß diese Verknüpfung von Zurechnungs-, Erklärungs- und Prognosefragen unplausibel genannt wurde, bedeutet freilich nicht, daß die erzielten Ergebnisse nicht zuträfen. In ausgeführter Form, die – jedenfalls, was die Begehungsdelikte angeht – weitestgehend mit dem von *Puppe*⁹ erreichten Standard übereinstimmen dürfte, wird Kausalität korrekt festgestellt. Doch stellt die Theorie so hohe Ansprüche, daß sie – beim Wort genommen – auch dann einen empirischen Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg verneinen müßte, wenn er wie selbstverständlich vorliegt. Im folgenden soll daher untersucht werden, ob diese Selbstverständlichkeit nur ein Trugbild darstellt oder ob auch dann, wenn man die Verknüpfung aufbricht, gesetzmäßige Bedingungen für den Erfolg festgestellt werden können, die mehr als eine rein temporale Beziehung beschreiben.

1. Am Anfang soll ein recht trivialer Beispielfall stehen:

A, ein bekannt schlechter Schütze, richtet in einem Schloßpark seine Pistole auf eine 30 m entfernte Statue und betätigt den Abzug. Sekundenbruchteile später springt der Kopf der Statue auseinander. Zur Tatzeit befand sich keine andere Person in der Nähe.

Wendet man das Schema von der kausalen Erklärung strikt an, so war A für den Erfolg des § 304 StGB nicht kausal. Statt eines allgemeinen Naturgesetzes, das eine sichere Prognose des Erfolges gestatten würde, läßt sich aus der Handlungssituation nur eine – geringe – Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts dartun. Es fehlt, und insofern ist der Fall durchaus typisch, nahezu alles, was die Anwendung allgemeiner Sätze ermöglichen würde. Weder ist die genaue Ausrichtung des Laufs bekannt noch etwa die genaue Windrichtung und Windstärke, von feineren Einflüssen auf die Geschosßbahn, die durchaus über den Erfolgseintritt entscheiden können, ganz zu schweigen¹⁰. Andererseits – so ließe sich einwenden – verläuft die Geschosßbahn spätestens mit Verlassen des Laufs im determinierten Bereich. Die Abgabe des Schusses muß somit sicher ein Teil der kausalen Erklärung der Sachbeschädigung sein. Mehr als das verlangt die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung nicht.

Aber diese Sicherheit ist nicht Folge der Theorie. Von dem prinzipiellen Einwand, daß streng genommen von der Determiniertheit eines

⁹ ZStW 1980, S. 863 ff.

¹⁰ Wenn *Puppe* (ebenda, S. 894 f, 898) in einem ihrer Beispiele voraussetzt, daß der Winkel, in dem ein Ball geworfen wurde, feststeht, so ist das zwar theoretisch berechtigt, praktisch aber in einem doppelten Sinne unrealistisch. Einmal darin, daß der Winkel auch im Strafverfahren bekannt sei, zum anderen darin, daß nicht noch viele andere Daten wie Drall, Anfangsbeschleunigung usw. benötigt würden.

Verlaufs nur ausgegangen werden kann, wenn er mit deterministischen All-Sätzen tatsächlich vollständig beschrieben werden kann, sei hier abgesehen. Aber auch, wenn man den Determinismus im makrokosmischen Bereich als fruchtbare Forschungshypothese oder als notwendige Prämisse auffaßt, reichen die vorhandenen Informationen, eben weil eine sichere Prognose nicht möglich ist, günstigstenfalls für eine Erklärungsskizze. Dieser innerhalb der Theorie von der kausalen Erklärung geläufige Terminus¹¹ drückt immanent nur aus, daß der Forscher vermutet, daß die Skizze sich zu einer Erklärung vervollständigenden lasse. Die Erklärungsskizze ist also keine valide Teil-Erklärung, sondern die Formulierung eines Forschungsprogramms¹². Auf die theoretischen und praktischen Funktionen von Erklärungsskizzen im allgemeinen Forschungsbetrieb braucht hier nicht eingegangen zu werden. Auf das letztlich uneingelöste und, weil zureichende Informationen auch in Zukunft nicht beschafft werden können, uneinlösbare Versprechen, eine vollständige Erklärung nachliefern zu können, kann im Strafrecht jedenfalls eine objektive Zurechnung nicht gestützt werden.

Die immanent nicht begründbare, aber tatsächlich vorhandene Sicherheit einer Kausalbeziehung zwischen Handlung und Erfolg im Ausgangsfall tritt schlagartig ein, wenn man die Perspektive wechselt. An die Stelle der Prognose muß die Retrospektive¹³ gesetzt werden¹⁴. Der Kausalverlauf ist vom Erfolg ausgehend rückwärts zu analysieren¹⁵. Hier liegt die berechtigte Grundidee des *condicio-sine-qua-non*-Gedankens. Deshalb hat er sich trotz aller Kritik nicht aus der Praxis entfernen lassen. Nur deshalb taugt er als heuristisches Prinzip¹⁶. Andererseits darf auf den eigentlichen Inhalt der Theorie der gesetzmäßigen Bedingung nicht verzichtet werden, der darin besteht, daß für uns die Kausalität nicht direkt und im Einzelfall zugänglich ist, sondern nur über das Vehikel von All-Sätzen, die Regelmäßigkeiten beschreiben. Für den Beispielfall könnte ein solcher Erfahrungssatz in umgangssprachlicher Formulierung etwa lauten: „Köpfe von Statuen dieser Art (Materialbe-

¹¹ Vgl. *Stegmüller*, Probleme (Fn. 3), S. 110 ff.

¹² *Stegmüller*, ebenda, S. 348.

¹³ Nicht zu verwechseln mit der Retrodiktion, mit der ein unbekanntes Ereignis der Vergangenheit erschlossen werden soll.

¹⁴ Vgl. auch *Maiwald*, Kausalität (Fn. 3), S. 80 f: die Retrospektive gestatte die Klärung der Frage, wie sich ein Umstand aus dem anderen entwickelt habe; wie sich das Geschehen *ex ante* hätte entwickeln können, interessiere zunächst nicht.

¹⁵ Die genetische Erklärung, die nach *Puppe* (Fn. 9), S. 890 „zweckmäßig vom Erfolg aus in der Zeit rückwärtsgehend entwickelt“ wird, hat eine durchaus andere Funktion. Sie dient allein der Kontrolle der nach dem prognostischen Schema erzielten Ergebnisse daraufhin, ob Ersatzursachen wirksam geworden sind.

¹⁶ Vgl. *Lackner*, StGB, 16. Aufl. 1985, Anm. III 1 c vor § 13 StGB; *Walder*, SchwZStr. 1977, S. 113 ff, 138 ff.

schaffenheit usw.) zerspringen nur (auf diese Weise), wenn kurz zuvor der Auslösemechanismus einer Schußwaffe betätigt wurde.“ Ein weiterer: „Schußwaffen für Projektile dieser Art entfalten nur bei einer Entfernung unter 100 m die erforderliche Aufschlagwucht.“ Außerdem taucht noch (mindestens) eine Einzelbehauptung des Musters auf: „Im Umkreis von 100 m von der Statue hat nur A eine Schußwaffe betätigt.“

Diese Beispielsätze sind natürlich nicht vollständig. Für eine tatsächlich erforderliche Begründung der Kausalität ließen sie sich sicherlich auch geschickter formulieren. Aber sie zeigen genau die allgemeinen Strukturelemente, die eine nicht quasi-prognostisch arbeitende Kausalitätsbegründung enthalten muß. Zunächst bedarf es allgemeiner Sätze, wonach Ereignisse einer bestimmten Art (Wirkungen) nur auftreten, wenn andere Ereignisse (Bedingungen) zuvor aufgetreten sind. Außerdem werden Sätze benötigt, die die Tathandlung unter eine der Bedingungen subsumieren. Im übrigen ist der Typus der sonst verwendeten Sätze beliebig. Es können also auch allgemeine prognostisch orientierte Erfahrungssätze verwendet werden, wie der über die Reichweite von Schußwaffen. Es muß nur gewährleistet sein, daß insgesamt der Schluß von den Wirkungen auf die Bedingungen trägt.

Grundsätzlich bewältigt diese Vorgehensweise auch die Konstellation, daß außer der untersuchten Handlung noch andere Handlungen oder Naturereignisse eine Bedingung des retrospektiven Erfahrungssatzes erfüllen. Das ist dann problematisch, wenn nach der Art der Wirkung nicht alle Bedingungen kumulativ gewirkt haben können. Worum es geht, wird deutlich, wenn man den Ausgangsfall dahingehend ergänzt, daß außer A noch B, allerdings mit einem Gewehr, geschossen, aber nur ein Geschloß getroffen hat. Nach den Erfahrungssätzen, wie sie oben beispielhaft formuliert worden sind, hätten A wie B eine Bedingung für die Beschädigung der Statue gesetzt. Nach der Wirkungsbeschreibung, die ihrerseits nur das Ergebnis der Anwendung von Erfahrungssätzen formuliert (Splitter dieser Art treten nicht auf, wenn zwei Geschosse einschlagen.) dagegen ist ausgeschlossen, daß hier ein Fall kumulativer Kausalität vorliegt. Abhilfe schafft z. B. eine genauere Beschreibung der Wirkung und, darauf aufbauend, der retrospektiven Erfahrungssätze. Im Beispielsfall etwa mag der Sachverständige bekunden, daß Splitter dieser Art nur auftreten, wenn ein Gewehrsgeschloß einschlägt. Ein anderer Weg, der freilich im Beispielsfall mangels entsprechender Informationen wohl kaum zum Ziel führen würde, bestünde darin, möglichst ausreichend viele Zwischenwirkungen auf dem Weg vom Erfolg zur Bedingung in die Analyse einzubeziehen¹⁷.

¹⁷ Es handelt sich hierbei um nichts anderes als die – wegen der Retrospektive notwendigen – Umkehrung des von *Puppe*, ZStW 1980, S. 863 ff, 888 ff geschilderten Verfahrens.

Daneben gibt es sicherlich noch andere Verfahrensweisen. Sich auf bestimmte festzulegen, besteht kein Anlaß, solange sie zu dem Ergebnis führen, daß die jeweils untersuchte Bedingung als einzige oder zusammen mit anderen Bedingungen gerade in ihrer Kumulation das System von Sätzen erfüllt.

2. Fehlten im Ausgangsfall die Fakten, die unter allgemeine prognostische Gesetze hätten subsumiert werden können, so kann auch umgekehrt die Situation auftreten, daß zwar allgemeine Gesetze bekannt sind, die Bedingung und Wirkung verknüpfen, die aber für eine (sichere) Prognose nicht ausreichen. In der Wissenschaftstheorie wird zu diesem Problem folgende Konstellation diskutiert¹⁸:

Progressive Paralyse wird nur an Personen beobachtet, die zuvor an Syphilis gelitten haben. Andererseits bekommt nur ein sehr geringer Prozentsatz von Syphiliskranken progressive Paralyse¹⁹.

Solange man im prognostisch orientierten Erklärungsschema verbleibt, liefert die Syphilis noch nicht einmal eine Teil-Erklärung für eine Erkrankung an progressiver Paralyse. Das Schema ist nur erfüllt, wenn relativ zum zu erklärenden Ereignis, die herangezogenen Erfahrungssätze vollständig sind, d. h. eine sichere Prognose gestatten. Gleichwohl ist die Syphilis mit Sicherheit eine Bedingung für die weitere Krankheit. Aber ebenso wie in der vorherigen Konstellation folgt diese Sicherheit nicht aus dem Schema, sondern aus dem Erfahrungssatz, daß progressive Paralyse nur bei Syphilitikern auftritt. Dieser Erfahrungssatz *erklärt* zwar nicht den Erfolg. Genau genommen erklärt er noch nicht einmal den Zusammenhang zwischen einer Bedingung und dem Erfolg. Mit seiner Hilfe läßt sich nur das Ob eines empirischen Zusammenhanges *feststellen*. Mehr nicht. Soweit es aber im rechtlichen Bereich um die Kausalität als Voraussetzung der objektiven Zurechnung geht, reicht eine solche Feststellung aus.

Überdeutlich wird der Unterschied zwischen dem Kausalbegriff erklärender Wissenschaften und dem juristischen Kausalbegriff an einem weiteren, ebenfalls innerhalb der Wissenschaftstheorie diskutierten Fall:

In einer Spielbank, in der für Männer Frackzwang herrscht, ereignet sich der seltene Fall, daß ein Mann die Bank sprengt.

Nach *Stegmüller*²⁰ gelangt man unvermeidlich zu Absurditäten, wenn man behaupten dürfe, das Ereignis lasse sich damit erklären, daß der

¹⁸ Vgl. *Stegmüller*, Probleme (Fn. 3), S. 178 m. Nachw.

¹⁹ Vgl. auch das Beispiel von *Maiwald*, Kausalität (Fn. 3), S. 92. Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument besagt freilich nur, daß bei unsicherer Prognose Kausalität nicht ausgeschlossen ist.

²⁰ Ebenda, S. 179.

Betreffende im Frack war. Das mag so sein. Aber gerade, wenn dies so ist, erweist sich die Notwendigkeit, die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung aus ihrer Verknüpfung mit der kausalen Erklärung zu lösen. Denn der empirische Zusammenhang zwischen dem Erfolg und der Frackkleidung, der sich durch retrospektive Erfahrungssätze belegen läßt, genügt dem Juristen. Wandelt man den Fall dahingehend ab, daß die Bank durch betrügerische Manipulationen gesprengt wurde und daß X den Frack dem Täter in Kenntnis des Vorhabens zur Verfügung gestellt hatte, so hat X auch nach der Ansicht eine Beihilfe zum Betrug begangen, die hierfür Kausalität für den Erfolg verlangt²¹.

3. Solange man daran festhält, daß die Kausalität einer Bedingung nur im Rahmen einer Theorie der Erfolgserklärung festgestellt werden kann, läßt sich ein Problem nicht lösen: das der psychischen Kausalität. Die Schwierigkeiten treten dann auf, wenn das Herbeiführen eines bestimmten psychischen Zustandes oder einer menschlichen Handlung zu den tatbestandlich erfaßten (Zwischen-)Erfolgen gehört, wie etwa bei der Anstiftung, der Rathilfe oder dem Betrug²². Konsequenterweise müßte nämlich die Handlung der anderen Person durch die Bedingung erklärt werden. Unter der Voraussetzung, daß menschliches Handeln nicht vollständig determiniert²³ ist, scheidet für eine dem Erklärungsmodell verpflichtete Theorie der gesetzmäßigen Bedingung schon die Möglichkeit einer Kausalitätsfeststellung aus²⁴. Andererseits besagt die indeterministische Hypothese nicht, daß menschliche Handlungen von Außenphänomenen unbeeinflußt vorgenommen werden und auch nicht, daß das Ob solcher Einflußnahmen prinzipiell nicht feststellbar sei. Verlangt A in einem Geschäft 50 Schrauben einer bestimmten Größe und händigt der Verkäufer 50 Schrauben dieser Größe aus, so besteht intuitiv kein Zweifel, daß ein empirischer Zusammenhang zwischen dem Verlangen und der Aushändigung der Ware besteht. Gelingt es, das intuitiv gewonnene Ergebnis methodisch gesichert zu erzielen und diese Methode allgemein zu beschreiben, so sind auf theoretischer Ebene die Probleme der psychisch vermittelten Kausalität gelöst. Denn auch insoweit genügt

²¹ Vgl. *Lackner*, StGB, § 27 Anm. 2; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27, Rdn. 10.

²² Die Konstellationen, in denen das nicht der Fall ist, lassen sich ohne Schwierigkeiten nach dem Muster physischer Kausalität erfassen, auch für eine der kausalen Erklärung verpflichteten Betrachtungsweise. Vgl. *Puppe*, ZStW 1983, S. 287 ff, 294 f. Ähnlich *Samson*, Kausalverläufe (Fn. 2), S. 184 ff.

²³ Für die deterministische Position taucht „nur“ das praktische Problem auf, daß die entsprechenden Erfahrungssätze nicht zur Verfügung stehen.

²⁴ Vgl. *Engisch*, Kausalität (Fn. 1), S. 28; *Puppe*, ZStW 1980, S. 863 ff, 902; *Bernsmann*, ARSPh. 1982, S. 536 ff, 542 ff. Anders *Samson*, Kausalverläufe (Fn. 2), S. 185 f, dessen Beweisführung freilich genau genommen nur die oben in Fn. 22 beschriebene Konstellation umfaßt.

als Voraussetzung der objektiven Zurechnung die Feststellung der Beeinflussung. Einer Erklärung des Beeinflussungsergebnisses (der anschließenden Handlung) bedarf es hierfür nicht.

Grundsätzlich läßt sich der erforderliche empirische Zusammenhang mit Hilfe retrospektiver Gesetze feststellen, die vielfach noch dazu von außerordentlicher Trivialität sind. Umgangssprachlich formuliert handelt es sich um Sätze wie: „Die Verwertung einer Information setzt ihr Haben voraus“ oder „Das Haben einer Information setzt ihr Erlangen voraus“. Ausgearbeitet und richtig angewendet erlauben schon diese beiden Sätze eine zutreffende Erfassung der Beihilfe durch Rat. Das soll an einem Beispiel kurz skizziert werden.

A erzählt B, daß er Schmuck aus einem näher beschriebenen Haus entwenden will. B berichtet A, daß die Tür der zu diesem Haus gehörenden Garage nie verschlossen sei. Das gleiche gelte für die Verbindungstür zwischen Garage und Wohnhaus. A begeht den Diebstahl, wobei er den Weg durch die Garage benutzt.

So wie der Sachverhalt bislang geschildert ist, reicht er zur Bejahung der Kausalität des Ratschlages noch nicht aus. Benötigt werden noch Angaben über psychische Zustände des A, etwa die, daß er vor Betreten der Garage davon ausgegangen sei, ihre Tür und die Verbindungstür zum Haus sei nicht verschlossen, oder die, daß er vor dem Ratschlag über diese Informationen nicht verfügt habe usw. Wieviele Daten über die Psyche des A benötigt werden, hängt von der genauen Formulierung des jeweiligen Erfahrungssatzes ab und davon, ob andere Bedingungen dieselben Erfahrungssätze erfüllen. Es gilt hier nichts anderes als bei der physischen Kausalität.

Auf prinzipiell gleiche Weise ist die Kausalität für den Handlungswillen festzustellen. Die Besonderheit dieser Fallgruppe liegt darin, daß auf der Basis des Indeterminismus die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, daß, wenn auch selten, sich der betreffende Wille spontan und ohne Außeneinflüsse bzw. ohne erkennbare Außeneinflüsse gebildet hat. Solange es sich aber im konkreten Fall um eine rein theoretische Möglichkeit handelt, bleibt sie prozessual ohne Bedeutung, da das Beweiswürdigungsrecht dem Richter untersagt, seine Feststellungen hierauf zu stützen²⁵. Hat also A, der sich unsicher fühlt, ob er den Diebstahl begehen soll, kurz nach einem Zureden des B den Diebstahlsentschluß gefaßt, so läßt sich prozessual gegen die Feststellung, daß das Zureden für den Entschluß kausal geworden ist, nichts einwenden. Zwar enthält der zur Begründung heranzuziehende allgemeine retrospektive Erfahrungssatz als alternative Bedingung auch, daß A schon unbewußt zur Tat entschlossen war und das Zureden keine Rolle gespielt hat, auch

²⁵ Vgl. Löwe/Rosenberg, § 261, Rdn. 7; KK, § 261 Rdn. 2 f; Kleinknecht/Meyer, § 261, Rdn. 2; jeweils mit weiteren Nachweisen.

nicht die eines Auslösers. Ohne konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen dieser Bedingung, darf sie aber weder festgestellt, noch zugunsten des B unterstellt werden.

Bedenken gegen diese prozessuale Lösung der theoretischen Schwierigkeiten sind letztlich unberechtigt. Denn die Notwendigkeit, das Nichtvorliegen einer Bedingung feststellen zu müssen, ergibt sich ganz allgemein für jede Form der Kausalitätsprüfung und bei jeder „Art“ der Kausalität. Immer muß der Sache nach eine Ausschlußdiagnose hinsichtlich der Bedingungen gestellt werden, die, wenn sie vorlägen, unter den herangezogenen Erfahrungssatz subsumiert werden könnten²⁶. Die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung stützt auf diesen Befund sogar ihre Begründung eines einheitlichen Kausalbegriffs für Begehungs- und Unterlassungsdelikte²⁷. Aber auch wenn man diesen Rahmen verläßt, so ist jedenfalls der (meist stillschweigende) Ausschluß überholender Kausalität erforderlich.

Eine weitere Schwierigkeit, daß nämlich – *ceteris paribus* – die Feststellung des Nichtvorliegens eines Sachverhalts im allgemeinen²⁸ wesentlich problematischer ist als die Feststellung seines Vorliegens, trifft dementsprechend alle Kausalitätsfeststellungsverfahren, ist aber bei allen auch „nur“ ein Problem des Beweiswürdigungsrechts.

4. Nur in Parenthese, da eigentlich außerhalb des Themas stehend, soll die Auffassung behandelt werden, die auch für die psychisch vermittelte Kausalität die Verknüpfung mit einer Theorie der Erklärung nicht aufgibt²⁹. Eine fremde Handlung kann nur dann zugerechnet werden, wenn zwischen ihr und der eigenen Handlung ein Erklärungszusammenhang besteht. Nur wird an die Stelle der undurchführbaren kausalen eine handlungstheoretisch und hermeneutisch orientierte Erklärung gesetzt³⁰. Warum es aber rechtlich darauf ankommen soll, daß die fremde Handlung durch die eigene (mit-)erklärt wird, wird freilich genausowenig begründet wie von der Gegenposition. Angesichts der außerordentlich hohen Ansprüche, die dieses Modell an die Erhebung der psychischen Befindlichkeiten stellt, und die weder das geltende noch sonst ein Strafverfahrensrecht erfüllen kann, ist eine spezifisch juristische Fundierung unerläßlich. Daß die Rechtswissenschaft Anschluß an

²⁶ Ausführlich *Puppe*, ZStW 1980, S. 863 ff, S. 888 und ZStW 1983, S. 287 ff, 300 ff.

²⁷ Vgl. *Engisch*, Kausalität (Fn. 1), S. 29 ff; *Puppe*, ZStW 1980, S. 563 ff, S. 899 ff; *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 209.

²⁸ Beispiel: In einem von zwei sonst gleichen Heuhaufen sei eine Nadel versteckt, im anderen aber nicht. Betraut man zwei Personen damit, je einen Heuhaufen daraufhin zu untersuchen, so wird in aller Regel diejenige eher zum Ziel gelangen, in deren Heuhaufen sich die Nadel verbirgt.

²⁹ *Kindhäuser*, GA 1982, S. 477 ff; *Bernsmann*, ARSPH. 1982, S. 536 ff.

³⁰ *Kindhäuser*, ebenda, S. 498 kumuliert handlungstheoretische und kausale Erklärung.

den gegenwärtigen Stand der Wissenschaftstheorie suchen sollte³¹, reicht nicht aus.

Bleibt nämlich als juristisch verwertbares Ergebnis auch nach eigener Einschätzung nur der resignierte Appell an den Richter, sich um Verständnis zu bemühen³², so überantwortet der Sache nach eine Theorie, die beansprucht, den höchsten Rationalitätsstandards zu genügen, die Praxis einer schrankenlosen Irrationalität. Ein solches Ergebnis müßte freilich hingenommen werden, wenn dieser Ansatz wirklich den einzigen Weg aufzeigte, psychische Vermittlungen festzustellen.

Das ist aber schon immanent nicht der Fall. Wie auch immer man eine Theorie der Handlungserklärung faßt, so muß sie doch – und sei es an versteckter Stelle³³ – eines voraussetzen: eine empirisch faßbare Handlungsbeeinflussung. Ohne dies laufen alle hermeneutischen Versuche, die (angeblich) beeinflusste Handlung in ihrer Rückführbarkeit auf den (angeblichen) Einflußnehmer zu verstehen, ins Leere und geben günstigstenfalls die Selbstinterpretation des Trägers der beeinflussten Handlung wieder.

Daß und wie die Beeinflusstheit von Handlungen durch Handlungen festgestellt werden kann, wurde soeben aufgezeigt. Diesem Verfahren gegenüber erweist sich die Forderung nach Handlungserklärung als Zusatz, der nicht mehr wissenschaftstheoretisch abgeleitet, sondern nur noch dogmatisch begründet werden kann, und zwar als möglicher Teil einer Lehre von der objektiven Zurechnung, die aber, soweit es sich um Begehungsdelikte handelt, als Mindestvoraussetzung einen empirischen, nicht nur temporalen Zusammenhang zwischen den betreffenden Handlungen enthält, eben die Kausalität.

IV.

1. So plausibel die Verwendung retrospektiver Erfahrungssätze auch scheinen mag, so ist doch ihre Brauchbarkeit zur Kausalitätsfeststellung in den bisherigen Ausführungen eher vorausgesetzt als theoretisch abgesichert worden. Auch wer zugesteht, daß von der *rechtlichen* Problemlage her eine Verknüpfung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung mit einer Theorie der kausalen Erklärung nicht notwendig sei, könnte darauf beharren, daß sie sich *empirisch* gesehen nicht vermeiden lasse, wolle man halbwegs sicher sein, Kausalität und nicht irgendetwas anderes, etwa ein regelmäßiges ante hoc, festzustellen.

³¹ So *Bernsmann* und letztlich auch *Kindhäuser*, der die dogmatischen Konsequenzen seiner Konzeption offen läßt.

³² *Bernsmann*, ebenda, S. 554.

³³ *Bernsmann*, ebenda, S. 550.

Der Rückgriff auf kausale Erklärungen weist einen – unter Umständen entscheidenden – theoretischen Vorteil auf. Gerade durch die prognostische Orientierung der von ihr verwendeten allgemeinen Erfahrungssätze wird die jedenfalls im makroskopischen Bereich bestehende Abfolge von Ursache und Wirkung reproduziert. Gut bestätigte *Systeme* solcher Erfahrungssätze können daher für sich in Anspruch nehmen, die Wirklichkeit tendenziell so wiederzugeben, wie sie ist. Zwar läßt sich wegen der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeder Forschung nie die Gewißheit erreichen, die Realität erfaßt zu haben. Doch ist die Vermutung gut begründet, daß das jeweils bestbestätigte System einer realistisch aufgefaßten Wahrheit näher kommt als die überwundenen Ansätze³⁴. Fußt die rechtliche Kausalitätsfeststellung auf einer solchen Methode, so besteht die nach Lage der Dinge höchste Gewähr, daß ein als kausal bezeichnetes Verhalten auch wirklich kausal ist.

Diese Vorzüge betreffen jedoch nur systematische, auf Erkenntnisgewinnung zielende Wissenschaften und entfallen sofort, wenn es um den Typ von Erfahrungssätzen geht, die regelmäßig in rechtlichen Verfahren zur Feststellung der Kausalität eingesetzt werden. Sie stehen in einem eher lockeren Zusammenhang zu den systematischen empirischen Wissenschaften, wenn es sich nicht ohnehin nur um Partialerkenntnisse handelt.

Für den hier verfolgten Zweck, und wahrscheinlich für rechtliche Zusammenhänge überhaupt, genügt es daher, die angesprochene Problematik auf mittlerer Ebene anzugehen und erkenntnistheoretische wie wissenschaftstheoretische Grundlagenfragen auszuklammern. In diesem Kontext ist entscheidend, daß auch die getreue Befolgung des Schemas der kausalen Erklärung nicht garantiert, daß mehr als ein regelmäßiges post hoc festgestellt wird. Regelmäßig passiert ein Schienenfahrzeug die Schranke, nachdem sie vom Schrankenwärter geschlossen wurde. Sieht man von modernen Sicherungssystemen ab, ist jedoch das Verhalten des Schrankenwärters nicht Teil einer kausalen Erklärung der Vorbeifahrt einer Lokomotive, obwohl das Schema erfüllt ist. Nichts anderes gilt bei Krankheitssymptomen, die in bestimmten Fällen eine sichere Prognose des weiteren Krankheitsverlaufs gestatten. Daß eine gesetzmäßige Bedingung erfüllt ist, besagt mithin für sich gesehen weder wissenschaftstheoretisch bzw. naturwissenschaftlich noch juristisch irgendetwas über einen mehr als temporalen Nexus der Ereignisse³⁵. Die Last,

³⁴ Popper, *Logik der Forschung*, 7. Aufl. 1982, S. 431, 433. Dagegen *Keuth*, *Realität und Wahrheit*, 1972, S. 112 ff.

³⁵ Vgl. *Stegmüller*, *Probleme* (Fn. 3), S. 153 ff, insbes. S. 175 f; *Wolff*, *Kausalität* (Fn. 2), S. 18, Fn. 24; *Jakobs*, *AT*, S. 162 u. 653, und *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 21 f.

einen solchen zu gewährleisten, fällt dem Produzenten der allgemeinen Gesetze zu oder dem (Juristen/Sachverständigen), der unter den allgemeinen Gesetzen auswählt. Welche Methoden hierbei angewendet werden können, braucht nicht beschrieben zu werden. Daß eine Unterscheidung von post hoc und propter hoc prinzipiell möglich ist, zeigen die genannten Beispiele.

Nichts anderes gilt für retrospektive Erfahrungssätze. Genausowenig wie bei prognostisch orientierten läßt sich aus ihnen selbst entnehmen, ob sie nur einen zeitlichen oder einen Wirkungszusammenhang beschreiben. Auch hier liefern erst Kontrollüberlegungen oder -versuche, die grundsätzlich den gleichen Mustern folgen, die Entscheidung. Einen Erfahrungssatz, der von einem Krankheitsbild ausgehend die regelmäßigen Frühsymptome beschreibt, von einem anderen zu unterscheiden, der auf die Ursachen zurückgeht, wirft keine fundamental anderen Probleme auf als der umgekehrte Fall eines prognostischen Paares von Erfahrungssätzen.

Diese Übereinstimmung kommt nicht von ungefähr. Bei beiden Arten von Erfahrungssätzen handelt es sich zunächst einmal nur um Verallgemeinerungen von Erfahrungen, seien es die des Alltags, die von Spezialisten oder seien es solche, die in kontrollierten Untersuchungen gewonnen werden. Bedeutung für Kausalitätsfragen gewinnen sie beide erst durch den Rückgriff auf ein Vorverständnis von Kausalität, aus dem heraus Methoden entwickelt werden können, die das, was wir Kausalneus nennen, von einer rein zeitlichen Reihenfolge abgrenzen.

2. Mit einem weiteren Einwand hat die Behandlung der psychisch vermittelten Kausalität zu rechnen. Durch die Einbeziehung psychischer Zustände des jeweils Beeinflussten werde letztlich doch mit einem Sonderbegriff der psychischen Kausalität gearbeitet, der den Rahmen einer Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung überschreite. Um diesem Mißverständnis vorzubeugen, wurde oben bewußt darauf verzichtet, Introspektionen über die Beeinflussung in die beispielhaft aufgezählten Bedingungen aufzunehmen, etwa nach dem Muster: „Der Ratschlag des B hat mich bewogen, den Weg über die Garage zu nehmen.“ Grundsätzlich werden Sätze dieser Art nicht benötigt, um eine psychische Beeinflussung festzustellen³⁶. Als Indiz können sie freilich dienen, aber genau genommen nicht so, daß sie bei Glaubwürdigkeit der Beweisperson ohne weiteres zum Beweis der Kausalität verwertet werden könnten. Denn die wahrhaftige Selbsteinschätzung, (nicht) beeinflusst gewesen zu sein, ist keine Bedingung der (Nicht-)Beeinflussung. Vielmehr sind sie

³⁶ Anders Bernsmann (Fn. 2), S. 547.

³⁷ Vgl. das Beispiel von *Puppe*, ZStW 1980, S. 863 ff, 881 nach Fn. 28.

ein Beweiszeichen dafür, daß die betreffende Information vor dem Ratschlag nicht bekannt war, die Idee zur Tat sich noch nicht gebildet hatte usw. So gesehen fügen sich Introspektionen problemlos in eine Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung ein. Daß sich insoweit Beweiserhebung und Beweiswürdigung anders gestalten als bei Äußerungen über außerpsychische Sachverhalte oder als beim Sachbeweis, führt zu keinem Sonderbegriff der Kausalität.

V.

Das hier vorgeschlagene Verfahren ist sicherlich nicht neu. Sachverständige verwenden es vielfach. In den meisten Fällen dürfte es die unausgesprochene oder unbewußte Voraussetzung der Anwendung des *condicio-sine-qua-non*-Gedankens sein. Bisweilen taucht es sogar in Argumentationen von Autoren auf, die dem Erklärungsansatz³⁷ verpflichtet sind. Angesichts dessen bestand das Ziel der vorstehenden Ausführungen darin, die Konturen dieser Form der Kausalitätsprüfung nachzuzeichnen und aufzuzeigen, daß eine Theorie der gesetzmäßigen Bedingung nicht notwendig mit einer Theorie der kausalen Erklärung verknüpft ist.

Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht

GÜNTHER JAKOBS

In *Lackners* Kommentar¹ heißt es zur Kausalität: „Die *conditio-sine-qua-non*-Formel ist nur ein methodisches Hilfsmittel. Sie erleichtert es, die gesetzmäßige ... Verknüpfung der menschlichen Handlung mit dem Erfolg zu prüfen, hat aber keinen unmittelbaren Erkenntniswert für das Bestehen dieser Verknüpfung.“ Bei der objektiven Zurechnung, und zwar zur Frage, wann ein Erfolg seinen „Grund gerade in der Sorgfaltpflichtverletzung“ hat, formuliert *Lackner*², der Zusammenhang fehle, „wenn (der Erfolg) auch bei Beachtung gehöriger Sorgfalt eingetreten wäre“. Nach der Darlegung, daß es sich bei diesem Risikozusammenhang nicht um ein Kausalproblem handle, (und nach einer Option für die Risikoerhöhungslehre) resümiert *Lackner* freilich: „Die Gesamtproblematik ist noch nicht abschließend geklärt.“ Hat die Hypothesenformel bei der objektiven Zurechnung den „Erkenntniswert“, der ihr bei der Kausalität versagt ist, oder ist sie wiederum nur methodisches Hilfsmittel? – Am Beginn der nachstehenden Untersuchung, die helfen soll, das von *Lackner* konstatierte Defizit an Klarheit ein wenig zu verkleinern, steht die Unterscheidung zwischen mehreren konkurrierenden Risiken und den Bedingungen bloßer Verlaufsvariationen innerhalb eines Risikos (I). Es folgt die Behandlung konkurrierender trennbarer (II) und – zum Wirkungszeitpunkt – untrennbarer (III) Risiken; dabei erweist sich, daß die Hypothesenformel in diesem Bereich nur methodisches Hilfsmittel ist. Der Ausgestaltung dieses Hilfsmittels gilt der letzte Abschnitt (IV).

I.

1. Jeder Schadensverlauf, den man nicht als *quantité négligable* abtun kann, desorientiert, solange er nicht erklärt³ ist. Die Erklärung, die das

¹ Strafgesetzbuch, 16. Auflage, 1985, Anm. III 1 c aa vor § 13.

² (Fn. 1) § 15 Anm. III 1 b mit aa bis cc.

³ Erklären heißt also: den Verlauf mit der Orientierung wieder verträglich machen; dies geschieht durch Benennung eines ausgewählten Bedingungskomplexes (eines Risikos), der zu einem der Modi der Vermittlung zwischen Schadensverlauf und Orientierung (Erklärungsmodus; besser wäre Reorientierungsmodus) paßt (etwa: Schuld eines Täters, Selbstverschulden, Unglück wegen eigener Anfälligkeit oder wegen fremder Unfähigkeit).

Strafrecht leisten kann, geschieht durch Zurechnung des Schadensverlaufs. Dabei wird das Verhalten eines Täters oder Teilnehmers (oder mehrerer Beteiligter) als maßgeblicher Grund des Schadensverlaufs definiert. Auch der Ausschluß von strafrechtlicher Zurechnung trägt immer positiv zur Erklärung eines Schadensverlaufs bei: Da jeder Schadensverlauf auf die eine oder die andere Weise erklärt werden muß, verdichtet der Ausschluß eines Erklärungsstrangs die Chance, es in einem anderen Strang erfolgreich zu versuchen.

Wegen der Notwendigkeit, für jeden Schadensverlauf eine plausible Erklärung zu finden, hat keine Aussage zur strafrechtlichen Zurechnung Bestand, die ohne Berücksichtigung der anderen Erklärungsmodi gewonnen wurde. Wird strafrechtlich zugerechnet, so heißt dies stets zugleich, daß kein Unglück vorliegt und daß das Opfer nicht oder doch nicht allein für den Schadensverlauf zuständig ist etc. Wird nicht zugerechnet, so kann dies nur richtig sein, wenn unter den bleibenden Erklärungsmodi mindestens ein Modus paßt. Grenzveränderungen bei der strafrechtlichen Zurechnung geschehen also nicht in einem „Niemandland“; sie sind keine einseitige, zurechnungsinterne Angelegenheit, sondern zugleich auch immer gegenläufige Grenzveränderungen der anderen Erklärungsmodi. Das gilt auch, soweit sich die Erklärungsmodi überlappen. Eine Überlappung schwächt die Erklärungskraft der beteiligten Modi, und eine Rücknahme einer Überlappung ist nur möglich, wenn der bleibende Modus als alleinige Erklärung hinreicht.

2. An einem Schadensverlauf sind nicht alle Details erklärungsbedürftig, sondern nur diejenigen, auf denen die Schadensneigung beruht. Die anderen Details, die bloßen Begleitumstände, sind kein tauglicher Gegenstand strafrechtlich zu garantierender Erwartungen. Die Abgrenzung der eine Schadensneigung bewirkenden Umstände von den bloßen Begleitumständen ist so unsicher, wie der Kreis der bezeichneten Erwartungen vage ist. Jedenfalls ist mit der Erfolgskausalität eines Umstands nicht auch ausgemacht, daß der Umstand nicht Begleitumstand sein könnte. Es ist vielmehr möglich, daß bei einem Schadensverlauf Details der Entwicklung variiert werden, ohne die Schadensneigung zu beeinflussen. Der Kausalverlauf wird dann innerhalb eines identisch bleibenden Risikos⁴ variiert. In diesen Fällen wird zwar der Erfolg verursacht,

⁴ Ein Risiko ist ein Komplex von Erfolgsbedingungen, die zu *einem* Erklärungszusammenhang gehören; die Grenze des Begriffs zieht also der Zweck: Erklärung von Schadensverläufen (siehe Fn. 3). Es fehlt nicht an Versuchen, das Risiko von den wirkenden Bedingungen zu lösen und stärker an einer Ex-ante-Betrachtung auszurichten. Der bekannteste Versuch ist die Risikoerhöhungslehre, zu der sich *Verf.* an anderer Stelle geäußert hat, zuletzt: Strafrecht AT, 1983, 7/98 ff mit Nachweisen. Die seit Anfang 1983 erschienene Spezialliteratur dafür wie dagegen (*Bindokat*, JuS 1985, S. 32 ff; *Arthur Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, 1985, S. 273 ff; *Ranft*, NJW 1984, S. 1425 ff; *Schlüchter*,

JA 1984, S. 673 ff; *Schünemann*, StV 1985, S. 229 ff; *ders.*, GA 1985, S. 341 ff; zu *Krümpelmann* sogleich in dieser Fn.; zu *Puppe* siehe Fn. 17; siehe auch die Nachweise in Fn. 25) hat zahlreiche Detailpräzisierungen, aber nichts prinzipiell Neues gebracht. Der bislang letzte und subtilste Versuch stammt von *Krümpelmann* (Jescheck-Festschrift, 1985, S. 313 ff); *ders.*, GA 1984, S. 491 ff, 503 f; schon *ders.*, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 443 ff, 447 ff). Sehr stark vergrößernd: Nach *Krümpelmann* sollen die „Pflicht“ des Täters und ein ihr korrespondierender „Anspruch“ des Opfers ex ante zu bestimmen sein (Jescheck-Festschrift, S. 318). Die Tatsachenbasis der Prognose der „Gefährlichkeit“ (das vom Täter zu verantwortende Risiko) und „Gefährdetheit“ (die – wie bestimmte? – Nachrangigkeit der vom Opfer selbst eingebrachten Risiken) sollen im Prozeß bewiesen werden müssen (S. 322). Zur „Gefährdetheit“ heißt dies, daß der „Status“ des Patienten (etwa ob der Patient bei insgesamt dubioser Verlaufsprognose zur Gruppe der Risikopatienten oder derjenigen mit guten Chancen gehört) zu beweisen ist (S. 322 ff). Steht fest, daß die „Pflicht“ und ein ihr korrespondierender „Anspruch“ bestehen, soll es weder auf die Höhe einer Rettungschance („eine meßbare Chance muß ausreichen“, S. 333) noch auf die Verlaufshypothese nicht verwirklichter Verhaltensalternativen ankommen (S. 326 f, 329). Für die von *Krümpelmann* hauptsächlich behandelten Fälle unterlassener ärztlicher Hilfe heißt das: Bestehen „Pflicht“ und „Anspruch“ (ist der Status also nicht so sehr desolat, daß keine Hoffnung bleibt), so zählen nur Komplikationen, zu denen es auch gekommen ist (keine Berücksichtigung von Verlaufshypothesen), aber es zählen die Fehler, die gemacht wurden. *Krümpelmann* behandelt also den Schadensverlauf, der ohne fehlerhaftes Verhalten stattfände, unter der bezeichneten Voraussetzung als ein nicht verwirklichtes Aliud zu dem wirklichen Verlauf mit fehlerhaftem Verhalten. Daß der Verlauf ohne Verhaltensfehler auch zum Schaden geführt hätte, ist bei diesem Ansatz irrelevant: Hypothesen erklären nicht die Wirklichkeit. – *Krümpelmanns* Methode garantiert freilich nicht, daß der Verhaltensfehler das sich verwirklichende Risiko (mehr als in bloßen Begleitbedingungen) beeinflusst, daß also mit dem Fehler ein anderes Risiko wirkt als ohne den Fehler wirken würde. Gelingt es nicht, im Prozeß einen „Status“ zu beweisen, der die Schadensvermeidung oder aber den Schadenseintritt *gewiß* macht, so handelt es sich um einen Pauschalstatus, bei dem man über Details nichts weiß. Schon deshalb (man weiß nichts!) läßt sich nicht garantieren, daß das fehlerhafte Verhalten mehr als Begleitbedingungen variiert. Zudem kann nicht ohne Willkür bestimmt werden, auf welchem Level dieser Status fixiert werden soll (etwa vor einer Operation: Robustheit insgesamt oder getrennt nach Herzstatus, Lungenstatus etc.). – Nun mag freilich eingewendet werden, es sei nicht notwendig, die Identität von Risiken naturalistisch nach dem wirkenden Bedingungskomplex zu bestimmen; auch eine bestimmte Pflichtenlage könne zum Identitätskennzeichen erklärt werden, wenn dies zweckmäßig sei. Dieser Einwand paßt trotz seiner Plausibilität nicht zu einem Strafrecht, das auf Erfolgsdelikte ausgerichtet ist: Diese zwingen per Definition des Erfolgs zu einem Mindestnaturalismus. *Krümpelmann* erkennt das auch nicht, was die Erfolgsprognose, wohl aber, was die Zurechnung des *eingetretenen* Erfolgs angeht: Die Suche nach der Beziehung zwischen Pflichtwidrigkeit und eingetretenem Erfolg soll eine „Kategorienverwischung“ sein, S. 319; dazu auch *Puppe*, ZStW 95, S. 287 ff, 290. Aber die Feststellung, daß ein Normbruch Folgen gezeitigt hat, verwischt nichts. Es geht bei *Krümpelmann* um etwas anderes (sonst müßte *Krümpelmann* auch die Beziehung zwischen Normbruch und Erfolgsprognose für eine Kategorienverwischung halten): Versuch wird gegen Vollendung ausgespielt. Die Logik des Unrechts eines Erfolgsdelikts verträgt aber *keinerlei* Beschneidungen der Ex-post-Betrachtung; sie ist mit der Logik des Handlungsunrechts nur bedingt verträglich. Beispielhaft gesprochen: Wer das wenig Wahrscheinliche bis zur Sicherheit steigert, haftet praktisch nicht für den Erfolg, solange nicht die Verwirklichung der spezifischen Steigerungsgefahr ausgemacht ist, aber wer ein Risiko durch ein kleines, in seiner Verwirklichung jedoch erkennbar anderes Risiko ersetzt, haftet – wegen der Erkennbarkeit der Verwirklichung – praktisch immer für den Erfolg: Der Naturalismus des Erfolgsdelikts konterkariert die Bewertungen der Pflichtenlage.

nicht aber das Erfolgsrisiko. Beispiel⁵: Wird innerhalb eines brennenden Hauses ein Möbelstück herumgedreht, so bedingt dieses Verhalten den kommenden Verlauf zur Zerstörung und damit auch den Erfolg. Daß zuerst die linke Seite entzündet wird und das Feuer von dort aus nach rechts wandert und nicht umgekehrt, also was wirklich geschieht, hängt von der Lageveränderung des Objekts ab. Daß das Möbelstück, wäre es nicht herumgedreht worden, auch verbrannt wäre, nur in anderer Art und Weise, ist eine bloße Hypothese, also keine Erklärung für das, was wirklich geschieht. Dieses wirkliche Geschehen ist freilich nicht voll erklärungsbedürftig: Auf welchem Weg von mehreren äquivalenten Wegen sich ein identisches Risiko zum Erfolg entwickelt, ist kein tauglicher Erwartungsgegenstand bei Normen, die der Vermeidung von riskantem Verhalten dienen sollen.

Die Haftungsfreiheit bei bloßer Verlaufsvariation läßt sich nur begründen, wenn man den hypothetischen Verlauf berücksichtigt: Die Haftung entfällt einzig im Blick darauf, daß ohne die Variation ein äquivalenter Verlauf des identischen Risikos stattgefunden *hätte*. Wegen der eingangs schon angeführten Notwendigkeit, jeden Schadensverlauf zu erklären, entsteht allerdings bei der Berücksichtigung hypothetischer Verläufe häufig folgendes Dilemma: Der wirkliche Verlauf wird zur Erklärung nicht herangezogen, und der hypothetische kann, weil er unreal ist, nicht herangezogen werden; der Schadenseintritt ist dann überhaupt nicht mehr erklärbar. Dieses Dilemma wird bei der Behandlung der Konkurrenz verschiedener Risiken noch genauer zu untersuchen sein – *hier* (bei einer Verlaufsvariation) bleibt das Dilemma aber aus; denn die Variation spielt sich *innerhalb* eines identischen Risikos ab, das sich jedenfalls (mit oder ohne Variation) realisiert. Beruht im Beispielfall der Brand auf einer Brandstiftung, so ist dem Brandstifter auch die Zerstörung des Möbelstücks zuzurechnen, gleich ob der Verlauf variiert wurde oder nicht. Wenn das Risiko identisch bleibt, geht durch Berücksichtigung von Hypothesen keine Erklärungsmöglichkeit verloren⁶. – Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, daß diese Berücksichtigung von Hypothesen nur innerhalb *eines* Risikos angebracht, aber bei der Konkurrenz *mehrerer* Risiken falsch ist.

II.

1. Die Anwendung des bislang simplen Modells für die Erklärung von Schadensverläufen wird bereichsweise verzwickelt, wenn mehrere Erklä-

⁵ Nach *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, S. 88 f.

⁶ Die Eigenschaft als Begleitbedingung besteht nicht absolut, sondern immer nur in einem bestimmten Risikokontext. Wenn im Beispiel das Drehen des Möbelstücks Begleitbedingung bei der Sachbeschädigung ist, so kann es doch etwa beim Versuch, die Feuerwehr zu hindern, Personen zu retten, wesentlicher Verlaufsschritt sein.

rungsmöglichkeiten konkurrieren. Dies kann in unterschiedlicher Weise geschehen. Dabei bedürfen diejenigen Fälle keiner weiteren Darlegungen, in denen mehrere Personen für *ein* Risiko, das sich verwirklicht, zuständig sind: Es handelt sich um die üblichen Fälle der Beteiligung mehrerer. Aber auch das Opfer kann mitzuständig werden, ohne daß die Zurechnung zum Täter enden müßte; Täter- und Opferzuständigkeit können sich also überlappen; Beispiel: Wer auf dem Mittelstreifen einer Bundesstraße wandert und wegen der eingeschränkten Aufmerksamkeit eines Autofahrers verletzt wird, muß die Verletzung – ungeachtet der Haftung des Fahrers wegen fahrlässiger Körperverletzung – auch sich selbst zuschreiben, und zwar wegen der Verletzung von Obliegenheiten zum Selbstschutz.

Weniger selbstverständlich ist die Zurechnung in derjenigen Fallgruppe, in der *mehrere* Risiken konkurrieren (von denen sich dann immer nur eines verwirklichen kann; unten III). Die Hypothesenformel im üblichen Verständnis führt hier zu fehlerhaften Ergebnissen. Beispiel: Ein Motorradfahrer wird bei dichtem Nebel von hinten angefahren, fliegt durch die Luft und wird beim Aufprall auf den Boden verletzt; das Auffahren mit den geschilderten Folgen bewahrte ihn davor, selbst Sekundenbruchteile später auf ein Hindernis aufzufahren und sofort (genauer: geringfügig *vor* dem Eintritt der Verletzungen, die durch das Anfahren entstanden sind) getötet zu werden. Die Anwendung der Hypothesenformel führt zu dem befremdlichen Ergebnis, daß sich das Risiko des Anfahrens nicht verwirklicht haben soll, da die Körperintegrität des Motorradfahrers auch ohne Anfahren im Ergebnis nicht erhalten geblieben wäre. Aber auch das Risiko, selbst aufzufahren, bietet – ganz abgesehen davon, daß ohne dieses Risiko alles unverändert so abgelaufen wäre, wie es sich wirklich ereignet hat, – schon deshalb keine Erklärung, weil es zu einem Selbst-Auffahren nicht gekommen ist. Das Ergebnis wird vollends unverständlich, wenn sowohl das Risiko des Anfahrens als auch das Risiko des Selbst-Auffahrens vermeidbar waren: Dann soll für den Schadensverlauf niemand zuständig sein, obgleich sich alle falsch verhalten haben und obgleich bei allseits korrektem Verhalten der Erfolg auch ausgeblieben wäre, also kein unabwendbares Unglück vorlag. Der Grund für den Fehler liegt auf der Hand: Bei der Verwirklichung von Risiken kommt es – wie beim Parallelproblem der Differenzierung zwischen wirkenden und nicht wirkenden Bedingungen⁷ – nicht darauf an, was wäre, wenn die zu prüfenden Risikofaktoren fehlen

⁷ *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 16; *ders.*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage, 1965, S. 130 mit Fn. 288; *ders.*, v. Weber-Festschrift, 1963, S. 247 ff, 261; *Lackner* (Fn. 1), Anm. III 1 caa vor § 13 mit weiteren Nachweisen.

würden, sondern was sie bewirkt haben⁸. Weiß man nicht, was sie bewirkt haben, läßt sich auch die Frage nicht beantworten, was ohne sie wäre; weiß man, was sie bewirkt haben, braucht man die Frage nicht zu stellen. Selbst wenn man die Frage nach dem hypothetischen Verlauf richtig beantwortet, trägt sie zur Lösung nichts bei; denn die Wirklichkeit ist nicht davon abhängig, was wäre, wenn einiges an ihr anders aussähe. Freilich kann man aus dem Wissen, wie eine hypothetische Welt aussieht, und zudem dem Wissen, durch welche Variationen des Wirklichen die Hypothese gewonnen wurde, darauf zurückschließen, wie die Wirklichkeit gestaltet ist – aber es sind keine Vorteile dieses komplizierten und fehleranfälligen Verfahrens ersichtlich.

Die Hypothesenformel produziert nicht stets, sondern nur in Fällen bereitstehender Reserverisiken fehlerhafte Ergebnisse; die Lösung der anderen Fälle ist freilich trivial. Die breite Verwendung der Hypothesenformel läßt die Vermutung zu, daß sie noch eine andere Funktion hat, als Selbstverständliches bei unkomplizierten Sachverhalten wiederzugeben. Zur Bestätigung dieser Vermutung soll kurz dargestellt werden, was die Formel überhaupt zu leisten vermag. Kann man an einem System alle Eingangsfaktoren (also auch eventuelle Ersatzbedingungen) und alle Ausgangsfaktoren kontrollieren, so läßt sich durch kontrollierte Variation der Eingangsfaktoren und Kontrolle der Ausgangsfaktoren ermitteln, welcher Input Bedingung für welchen Output ist. Das Ergebnis lautet etwa (in der einfachen Gestalt einer sowohl notwendigen wie hinreichenden Bedingung): Immer dann und nur dann, wenn im System S der Input i erfolgte, ereignete sich der Output o. Unter hier nicht weiter interessierenden Kautelen läßt sich daraus ein Zusammenhang ableiten, der praktisch nicht mehr angefochten werden kann: Im System S bedingt i notwendig und hinreichend o. Der Experimentator muß eine Hypothese im Sinn einer Vermutung aufstellen, um überhaupt beginnen zu können (etwa: Beim System S könnte der Input i einen bestimmaren Output bedingen). Den Realitätsgehalt der Vermutung prüft der Experimentator freilich dadurch, daß er *die Wirklichkeit* das eine Mal mit dem

⁸ So neuestens insbesondere auch *Ranft*, NJW 1984, S. 1425 ff, 1427 ff; *Krümpelmann*, Jescheck-Festschrift, 1985, S. 326 f, 329 f. – Daß einem Gut nicht durch Hypothesenberücksichtigung die normative Garantie genommen werden darf, wird durchwegs jedenfalls für hypothetisches Unrecht (nicht aber auch stets gleichermaßen für eine hypothetische Obliegenheitsverletzung) anerkannt: BGH 30, S. 228 ff, 231; *Kabrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht, 1968, S. 75 ff, 283; *Niewenhuis*, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984, S. 94 ff; *Otto*, Maurach-Festschrift, 1972, S. 91 ff, 103; *Roxin*, ZStW 74, S. 411, 435; *Samson* (Fn. 5), S. 125 f, 141; *Puppe*, JuS 1982, S. 660 ff, 664; *Leipziger Kommentar-Jescheck*, 10. Auflage, Bd. 1, 1985, Rdn. 63 vor § 13; *Systematischer Kommentar-Rudolphi*, 3. Auflage, Bd. 1, 1984, Rdn. 60 vor § 1; *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 3. Auflage, 1981, Rdn. 227; in der Lösung wohl offen *Arthur Kaufmann* (Fn. 4), S. 274.

Faktor *i* gestaltet und das andere Mal ohne *i* und so weiter wechselnd. Der Experimentator lernt also durch die Gegenüberstellung von Alternativen, und nur um diesen Umstand darf es bei juristischen Hypothesen gehen, die zu Bedingungskonkurrenzen gebildet werden. Um zu verdeutlichen, wie man die Verwirklichung bestimmter Bedingungen oder eines bestimmten Risikos erfahren kann, formuliert man eine Alternative zum wirklich geschehenen Fall; diese Alternative kommt natürlich – im Gegensatz zu den Varianten, die ein Experimentator anbringt – nie zur Verwirklichung und wird deshalb im *casus irrealis* formuliert. Der Satz: „Ein Risiko hat sich verwirklicht, wenn der Erfolg bei einer Lage ohne die Risikofaktoren ausgeblieben wäre“, darf demnach⁹ nur wie folgt verstanden werden: „Die benannten Risikofaktoren haben den Erfolg bedingt; soll diese Erfahrungstatsache demonstriert werden, so muß der insgesamt kontrollierte Input des identischen Systems um die bestimmten Faktoren verkleinert werden...“ etc. Es geht um die Erfahrbarkeit von wirklichen Zusammenhängen zwischen bestimmten Bedingungen und einem bestimmten Erfolg.

Der Schwerpunkt der Information, die durch den Gebrauch der Hypothesenformel geleistet werden kann, muß nicht und dürfte auch meist nicht bei der Mitteilung der Erfahrbarkeit des behaupteten Zusammenhangs liegen, sondern bei der Bestimmung der Faktoren, die das Risiko ausmachen, und bei der Bestimmung des Systems, um dessen Output es geht. Insbesondere wenn Faktoren quantifiziert werden sollen (50 Stundenkilometer statt 70 Stundenkilometer), läßt sich die Bestimmung leichter durch Gegenüberstellung von Sachverhaltsvarianten treffen als durch eine isolierte Beschreibung der Differenz zwischen diesen Varianten. Jedenfalls geht es nicht um die *Ermittlung* einer Risikoverwirklichung, sondern um die *Benennung* einer schon ermittelten Wirkung.

Die – auch von *Lackner*¹⁰ verwendete – übliche Formulierung, es handle sich bei der Risikoverwirklichung nicht um ein Problem der Kausalität, ist nur in dem Sinn richtig, daß bei Verneinung einer Risikoverwirklichung nicht auch schon die Kausalität einer Handlung für den Erfolg verneint werden muß, so wie bei Verneinung der Kausalität einer Handlung nicht schon – etwa – die Kausalität eines Krampfanfalls oder der Befindlichkeit eines menschlichen Körpers an einer bestimmten Stelle verneint werden muß. Aber wie die Kausalität einer Handlung eine Spezifizierung des Umstands ist, daß ein Mensch irgendwie für einen Erfolg kausal wurde, so ist auch die Risikoverwirklichung

⁹ Nach Ausschaltung der auf einen Saldo, also auf eine Geschehensdifferenz abstellenden Lehre; dazu unten II 2.

¹⁰ (Fn. 1) § 15 Anm. III 2 b aa und bb.

eine Spezifizierung der Kausalität: Nicht irgendwelche Eigenschaften der rechtswidrigen Handlung haben den Erfolg (unter anderem) bedingt, sondern (unter anderem) speziell diejenigen, die dem Urteil der Rechtswidrigkeit zugrundeliegen. Gewiß, bei fehlender Risikoverwirklichung fehlt die rechtliche Relevanz der vorliegenden Kausalität; aber diese Relevanz läßt sich innerhalb *eines* Zurechnungssystems nicht heranschaffen, ohne die Kausalität zu variieren. *Fehlt die Risikoverwirklichung, so fehlt die relevante Kausalität.*

2. Die bisherigen Ausführungen beruhen auf der Annahme, der Verlauf zum konkreten Erfolg sei die erklärungsbedürftige Störung. Reserverisiken mögen als Versuch oder Gefährdungen ihrerseits erklärungsbedürftig sein, aber dies trägt nichts zur Erklärung eines wirklichen Schadensverlaufs bei. Der Sinn einer Unterscheidung wirkender Risiken von Reserverisiken wird allerdings bestritten, und zwar soll nicht erst die Verwirklichung eines Risikos enttäuschen und der Erklärung bedürfen, sondern schon das Entstehen einer Lage, in der ein Gut nicht mehr zu retten ist. Es soll also auf den Rechtsgutschancensaldo ankommen, und dieser Saldo wird durch ein Risiko, das ein ansonsten unaufhaltsam wirkendes anderes Risiko verdrängt, nicht verschlechtert¹¹. Diese Lehre scheint sich freilich dem schon angeführten Dilemma der Hypothesenberücksichtigung auszuliefern. Da für hypothetisches Geschehen nicht zu haften ist, ja überhaupt mit Hypothesen nicht die Wirklichkeit erklärt werden kann, scheinen die Erklärungsmöglichkeiten zu zerrinnen: Eines der Risiken scheidet aus, da das andere in Reserve steht, und dieses scheidet aus, da es sich nicht verwirklicht hat. Freilich ist die auf den Rechtsgutschancensaldo abstellende Lehre damit noch nicht widerlegt. Es geht nach dieser Lehre überhaupt nicht darum, den konkreten Verlauf zum Erfolg zu erklären, sondern erklärungsbedürftig ist die Vernichtung der Bestandschance des Guts; jede Steigerung der Gesamtschadensmenge zählt; alles dafür Irrelevante zählt nicht. Beispielhaft

¹¹ Diese Lehre ist häufiger inoffizielles denn offizielles Programm. Bei der Lösung von Risikokonkurrenzen beruht jede Operation mit der Hypothesenformel, bei der die Formel nicht nur heuristisches Mittel zur Darstellung des wirklichen Verlaufs ist, auf dieser Lehre. Ausdrücklich folgt ihr *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 200 ff, 229 (siehe aber auch *ders.*, Fn. 4, S. 273 ff); sie gibt auch den Grundgedanken bei *Samson* ab (Fn. 5), der auf die (Rechtsguts-)„Verkürzung“ abstellt, S. 97 (das „Verkürzungsprinzip“ wird freilich durch Sicherungen zur Erhaltung der normativen Garantien für ein Gut modifiziert, S. 125 ff, 141; *ders.*, Peters-Festschrift, 1974, S. 121 ff, 132 ff). Soll es auf einen naturalistisch verstandenen Rechtsgüterschutz ankommen, so ist der Ansatz konsequent (*Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 24 ff: „Erfolgsrelevanz“). Aber dieser Ansatz liest die Bedeutung eines Verhaltens zu einseitig aus dem Saldo der Effekte und vernachlässigt die Handlungsgestalt. – Zum folgenden Text siehe zudem *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, S. 110 ff; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 19 ff.

gesprochen: Wenn ein Getreidefeld demnächst bei einem schon aufziehenden Gewitter verhageln wird, ist es gleichgültig, ob ein paar Buben vorher noch bei Kriegsspielen die Ernte zertrampeln.

Das Beispiel ist freilich umkehrbar: Wenn die Buben die Ernte zertrampeln, ist es gleichgültig, ob ein Hagelgewitter aufzieht. Bei konkurrierenden Risiken muß also bestimmt werden, welches das frühere ist. Der Sieg in diesem Wettlauf der Risiken kann nicht vom Zeitpunkt der Genese der Risiken abhängen; denn diese läßt sich – theoretisch – für alle Risiken beliebig weit vorverlagern. Es bleiben drei Möglichkeiten: Entweder erklärt man dasjenige Risiko zum früheren, das die Vernichtung des Guts bewirkt. Diese Entscheidung läßt sich plausibel begründen – das sich verwirklichende Risiko kommt jedem anderen insoweit zuvor, als diese sich nicht mehr verwirklichen können –, gibt aber die Rechtsgutschancensaldierung preis und stellt doch wieder darauf ab, welches Risiko sich im Erfolg realisiert. Oder man erklärt alle Risiken für gleichzeitig und kumulativ relevant, kommt freilich auch dann ohne die Berücksichtigung der Realisierung des Risikos im Erfolg nicht aus, weil allein die Chancenverminderung – auch wenn sie den Normverstoß richtig bezeichnen sollte – keinen Tatbestand verwirklicht. Schließlich kann man alle Risiken als gleichzeitig und sämtlich irrelevant definieren, kann dann freilich nicht nur den Schadensverlauf, sondern auch den schlechten Stand des Chancensaldos nicht mehr erklären.

Die Lehre von der Verschlechterung des Chancensaldos läßt sich allerdings auch so wenden, daß die angeführte Kritik sie nicht trifft. Sie muß dazu von der Aufgabe freigestellt werden, das Verhältnis überhaupt aller möglichen Risiken für ein Gut untereinander zu regeln, und ist darauf zu beschränken, die Beziehungen zwischen einerseits den Risiken von Normverstößen und andererseits den nicht durch Normbefolgung beeinflussbaren Risiken festzulegen. Die Priorität von Risiken ist dann einfach festzulegen: Alles nicht mehr über Normen beeinflussbare Geschehen ist die – frühere – Basis, auf der – später – Normen wirken können. Wenn im genannten Beispiel die Buben die Ernte zertrampeln, erklärt dieses Risiko den Verlust, ist aber wegen des Gewitterrisikos nicht mehr normwidrig. Die Lösung kann noch verfeinert werden: Um dem Gut alle noch potentiell wirkungsmächtigen normativen Garantien zu erhalten, werden alle zukünftig erfolgenden Normbrüche aus dem Chancensaldo ausgeschieden; ein zukünftiges rechtswidriges Verhalten (oder eine Obliegenheitsverletzung des Opfers) hindert dann die Normwidrigkeit eines aktuell stattfindenden riskanten Verhaltens nicht. Im Beispielsfall können sich also die Buben nicht entlastend etwa darauf berufen, einen Tag später hätten gewiß andere Personen die Zerstörung der Ernte bewirkt, wohl aber auf den Umstand, ein nachträgliches

Hagelwetter habe demonstriert, daß sowieso nichts zu retten gewesen wäre.

Eine solche Lehre ist durchführbar, freilich zum geltenden Recht mit bereichsweise wenig plausiblen Ergebnissen. Wenn die Erfolgsverursachung in einer Situation, in der vor einem anderen Risiko keine Rettung möglich ist, überhaupt kein Unrecht sein soll, so muß – will man den Güterschutz nicht abschwächen – das *Bewirken* einer solchen Situation *volles* Unrecht sein. Nach geltendem Recht ist dieses Bewirken aber – jedenfalls soweit die konkurrierenden Risiken unabhängig voneinander bestehen¹² – allenfalls als Versuchsunrecht faßbar (und somit bei Fahrlässigkeit keinesfalls). Deshalb geht bei diesem Verfahren Zurechnung verloren: Der Entlastung dessen, der in einer schon hoffnungslosen Situation einen Erfolg verursacht, entspricht keine Belastung des für die Situation Verantwortlichen. Beispiel: Wenn das Futter einer Viehherde vergiftet wird und sodann das Trinkwasser auch noch, und die Herde verendet wegen der Wasservergiftung, schießt Haftung für Vollendung überhaupt aus (und zwar sogar dann, wenn ein einziger Täter beide Risiken gesetzt hätte, falls er sich erst *nach* der ersten Tat zur zweiten entschlossen hat – sonst läge eine *actio libera in causa* vor).

Im Ergebnis harmoniert also eine Lehre, die Unrecht als Verschlechterung des Chancensaldos definiert, nur schlecht mit einem Strafrecht, das Verletzungserfolgsdelikte¹³ formuliert. Die Lehre hat weitere Nachteile. Sie belastet das Erfolgsdelikt mit noch mehr Zufälligkeiten, als ihm konstitutionell eigen sind: Auch wenn sich ein Risiko verwirklicht, fehlt es an Vollendung, wenn der Gesamtsaldo nicht verschlechtert wurde (was nur in denjenigen Fällen nicht Zufall ist, in denen der Täter das schon bestehende Risiko erkannt und einen plausiblen Handlungsanlaß hatte). Noch schwerer wiegt, daß bei dieser Lehre ein riskantes Verhalten nicht mehr (außerhalb von Rechtfertigungslagen) *per se* verboten ist, sondern nur in Situationen, in denen es den Chancensaldo verschlechtert. Dies schwächt nicht nur die Eindeutigkeit des Verbots; es suggeriert zudem, alle Güter seien über Quantitäten sinnvoll zu ordnen. Bei

¹² Wenn das spätere Verhalten vollzogen wird, um den Schaden der primären Gefahr gering zu halten, verwirklicht sich die primäre Gefahr. Beispiel: Erschießt ein Landwirt sein Vieh, weil er es bei einem Brand nicht retten kann und ihm Qualen ersparen will, so ist dies eine Verwirklichung der Brandgefahr, also, sofern der Täter den Tod des Viehs durch Feuer wenigstens für möglich gehalten hatte, vorsätzliche Sachbeschädigung.

¹³ Gewiß tragen auch diese Delikte ihren Sinn nicht in sich selbst. Aber ein Sinn läßt sich nicht nur im aktuellen Güterschutz finden, sondern auch in der Tabuierung von Handlungen mit bestimmten Folgen für ein Gut. Daß die zuletzt genannte Sicht das Erfolgsdelikt in die Nähe abstrakter Gefährdungsdelikte rücken *kann* (oder, wenn der Täter das hypothetische Risiko nicht kennt, in die Nähe des Versuchs), wird eingeräumt und muß Konsequenzen für die Strafzumessung zeitigen; dazu eingehender *Jakobs* (Fn. 4), 7/92 ff.

einem tauschbaren Gut mag das durchgehen, aber bei einem höchstpersönlichen Gut dürfte das Ansehen des Guts leiden, wenn man es ohne vernünftigen Grund vernichten kann, nur weil es sowieso nicht mehr zu retten ist. Beispiel: Geht ein Schiff mit seiner Besatzung unrettbar unter, so mag zweifelhaft sein, ob die Löcher, die jemand aus dürftigem Anlaß in die Bordwand schießt, noch Sachbeschädigungen sind; – die sich Quantifizierungen entziehende Höchstpersönlichkeit des Lebens dürfte entsprechende Zweifel am Totschlag bei Schüssen in die Köpfe der Besatzungsmitglieder nicht aufkommen lassen¹⁴. Schließlich schleppt diese Lehre die Bindung an ein identisches Gut wie einen Atavismus mit sich herum. Wenn man schon danach fragt, welche Chancen ein Gut seinem Inhaber noch bietet, so gehört zu einer vollständigen Antwort eine Verrechnung im gesamten Gutsbestand eines Inhabers (und es ist nicht einmal ausgemacht, daß es dabei bleibt; es läßt sich auch eine Berechnung des überpersönlichen Gesamtschadens oder Gesamtnutzens ausmachen). Beispielhaft gesprochen: Wenn man eine Sache zerstören darf, die sowieso verloren ist, müßte auch die Zerstörung einer gesicherten Sache tatbestandslos sein, falls ansonsten eine wertvollere Sache desselben Inhabers (zudem: wieso nur desselben Inhabers?) oder gar dessen Leib und Leben verloren wären. Daß das geltende Recht solche Konflikte erst auf der Rechtfertigungsebene verrechnet (mutmaßliche Einwilligung als Unterfall des rechtfertigenden Notstands), zeigt erneut, daß die Lehre nicht paßt.

III.

1. Mehrere Risiken können sich nicht gemeinsam verwirklichen, da ein Erfolg nicht mehr als einmal bedingt werden kann¹⁵. Freilich können für ein Risiko mehrere Personen zuständig sein, und wenn dies in Gestalt der Nebentäterschaft geschieht, mag der Eindruck erweckt werden, es gehe um mehrere Risiken. Aber dieser Eindruck trügt. Beispielhaft gesprochen¹⁶: Wenn ein Automobil beim Überholen eines Radfahrers

¹⁴ Ganz entsprechend gibt es bei § 34 StGB den Unterschied zwischen verrechenbaren und nicht verrechenbaren Gütern.

¹⁵ Die abweichenden Darlegungen bei *Jakobs* (Fn. 4), 7/84 beruhen auf einer zu engen Definition identischer Risiken; es geht bei richtiger Definition um ein geteiltes Risiko (bei dem die Teile in unterschiedlicher Zuständigkeit stehen können) oder um mehrfache Zuständigkeit für *ein* Risiko. Siehe im Text.

¹⁶ In Anlehnung an BGH 11, S. 1 ff; für die Entscheidung kommt es nach den im Text noch zu entwickelnden Grundsätzen darauf an, ob für den Radfahrer bei ordnungsgemäßem Abstand ein Zusammenstoß vermeidbar gewesen wäre, während irrelevant ist, ob er seine Vermeidchance genutzt hätte (bei Vermeidbarkeit jedenfalls Haftung des Lastwagenfahrers): Motivation zur Wahrnehmung der Obliegenheiten zum Selbstschutz ist zu unterstellen, bis das Gegenteil perfekt ist, unten IV 2.

einen Sicherheitsabstand einhalten muß, so hat dies mehrere Gründe. Ein schnurgerades Radfahren ist unmöglich; schon deshalb ist ein Mindestabstand nötig, bei dessen Berechnung auch berücksichtigt werden muß, daß man von einem Radfahrer nicht unter lebensgefährlichen Umständen Millimeterarbeit erwarten kann. Weiterhin, und darauf kommt es hier an, führen erfahrungsgemäß selbst ubiquitär-leichte Unaufmerksamkeiten (und sonstige Gründe) zu erheblichen Richtungsänderungen; der Mindestabstand muß also noch um eine Sicherheitsmarge ergänzt werden. Radfahrer wiederum haben darauf zu achten, möglichst geradlinig zu fahren, jedenfalls aber nicht in den hier als Sicherheitsmarge bezeichneten Bereich zu geraten; denn Automobile können aus unterschiedlichen Gründen in die Marge eindringen. Bei beiden Bedingungskomplexen – das Automobil gerät in die Marge und der Radfahrer ebenso – handelt es sich nur um die Teile eines einzigen Risikos: Ohne den jeweils anderen Teil besteht keine Erfolgsgefahr. Ein einziges Risiko kann etwa aus Gründen besserer Anschaulichkeit (von verschiedenen Seiten zusammentreibende Wetter ergeben *ein* Risiko eines Wirbelsturms) oder – hier – unterschiedlicher Zuständigkeiten in Teile zerlegt werden; so sind der Radfahrer wie der Autofahrer je für sich dafür zuständig, nicht in den Bereich der Sicherheitsmarge zu geraten.

Mehrere Personen können – ohne Zusammenwirken – auch je für das ganze Risiko zuständig sein, und zwar wenn es die Aufgabe einer Person ist, Risiken zu paralisieren, die von einer anderen geschaffen werden. Beispiel: Ein Vater muß rechtswidrige Angriffe auf sein Kind verhindern oder abwehren. Auch bei naturwüchsigen Risiken kann eine Person dafür zuständig sein, schon die Entstehung oder aber die Verwirklichung zu hindern, so etwa wenn im Beispielfall ein wildes Tier angreift. Wiederum geht es nicht um mehrere Risiken; vielmehr wird ein einziges Risiko (die Verletzung durch einen Angriff) einmal positiv (durch ein rechtswidriges Verhalten, durch Unglück) und einmal negativ (durch Nicht-Hinderung) benannt und erklärt.

Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn die Bedingungen eines Risikos mehrfach gegeben sind und sich schon theoretisch nicht feststellen läßt, welche wirken: Es handelt sich um die Fälle, in denen sich gleichgerichtete oder entgegengesetzte physische oder psychische¹⁷

¹⁷ So wohl im Sachverhalt zu BGH 13, S. 13 ff; dazu *Leipziger Kommentar-Lackner*, 10. Auflage, 18. Lieferung, 1979, § 263 Rdn. 117 mit umfassenden Nachweisen; *Puppe*, ZStW 95, S. 287 ff, 298 f. – Angebliche Besonderheiten der meist so genannten psychischen Kausalität haben dazu veranlaßt, den Ersatz der kausalen „Erklärung durch eine „Erklärung“ mittels Wahrscheinlichkeiten vorzuschlagen, und zwar mit einer den Bereich der psychischen Kausalität übergreifenden Wirkung; *Puppe*, S. 287 ff, 293 ff, 299 ff. Die Berechtigung dazu ist zweifelhaft. *Puppe* behandelt zunächst Fälle der Anstiftung oder

Kräfte mischen und die Erfolgsverursachung nur von einem Mindest- oder Höchstquantum abhängig ist. Beispiel: Ein Fußgänger tritt schnell und unvorsichtig auf eine verkehrsreiche Straße; er wird von einem Auto überrollt und verletzt, das schneller als zulässig fährt. Die Anwendung (auch) der Hypothesenformel als Erfahrungsregel versagt hier, weil die Erfahrbarkeit an eine Grenze stößt. Es sei unterstellt, folgender (vergrößerte) Erfahrungssatz gelte: Fußgänger, die schnell und unvorsichtig die Straße betreten, werden auch von einem ordnungsgemäß fahrenden Auto erfaßt. Dies scheint eine Risikoverwirklichung des Risikos „Geschwindigkeitsübertretung des Autofahrers“ auszuschließen, ist aber keine zutreffende Lösung, sondern eine gewaltige Verkürzung der anstehenden Problematik. Man stelle sich vor, der Fahrer verlange von dem Fußgänger Schadensersatz für eine im Blech entstandene Beule. Es wäre zu fragen, ob es einen Erfahrungssatz gibt: Autos, die so schnell fahren, wie geschehen, erfassen auch langsam und vorsichtig die Straße betretende Fußgänger. Dies mag ohne Widerspruch zu den bisherigen Annahmen bejaht werden, so daß auch das Geschwindigkeitsrisiko auszuschneiden scheint. Für die Hypothesenformel als Erfahrungsregel stellt sich hier also ein entsprechendes Dilemma ein, wie es für die Hypothesenformel im üblichen Verständnis bei vorhandenen Ersatzbedingungen stets besteht (oben I a. E., II 1): Trotz allseitigen Fehlverhaltens und trotz Vermeidbarkeit des Schadens bei allseitig richtigem Verhalten lassen sich die Bedingungen einer Risikoverwirklichung nicht beschreiben.

Wendet man einen Erfahrungssatz darüber an, was geschähe, wenn *beide* Beteiligten sich richtig verhielten, scheint das Ergebnis evident zu

Anregung oder sonstigen Beeinflussung (S. 294 f). Hierbei kommt es aber nicht darauf an, ob der Täter sich „determiniert“ auf den Vorschlag einläßt; vielmehr genügt, daß eine eventuell erfolgende Einlassung jedenfalls auch durch den Vorschlag bedingt ist (ähnlich auch *Puppe*, S. 295). Damit sind freilich nicht die Fälle zu erledigen, in denen der Täter fremdpsychische Vorgänge nicht-ermöglicht (etwa durch Vorenthalten einer Information) oder hindert (etwa durch Verstopfen einer Informationsquelle). Was hierbei die Fälle angeht, in denen eine Rechtspflicht des Informationsempfängers bestand, die Information zu nutzen, ist, um dem Opfer die normative Garantie zu erhalten, von der rechtmäßigen Motivation des Empfängers auszugehen (so auch *Puppe*, S. 296), oder, wenn es sich beim zu Informierenden um das Opfer selbst handelt, etwa beim Betrug, von seiner Motivation zur Erfüllung seiner Obliegenheiten zum Selbstschutz (anders *Puppe*, S. 296). Es bleiben die Fälle, in denen der zu Informierende weder durch Pflichten (auch nicht solche gemäß § 323 c StGB) noch durch Obliegenheiten gebunden ist. Er mag aber durch sonstige Vernunftgründe beeinflussbar sein (ein Defizit an nachweisbarer Determination im naturwissenschaftlichen Verständnis heißt nicht zwingend, der Ablauf geschehe regellos); auf dem kognitiven Vertrauen in solche Bindungen beruht die Besorgung alltäglicher Angelegenheiten. Ist die Beeinflussbarkeit aber zweifelhaft, so ist bislang kein Grund dargetan worden, dem Täter mehr anzulasten als einen Versuch, wenn man überhaupt an der Trennung zwischen Versuch und Vollendung festhalten will.

sein: Der Erfolg bleibt dann aus, also müßten sich beide Risiken zusammen verwirklicht haben. Diese Lösung wäre aber falsch; denn es handelt sich nicht um zwei Risiken, sondern nur um eines: Ein Fahrzeug und ein Fußgänger treffen so zusammen, daß Ausweichreaktionen nicht mehr möglich sind. Die Berechtigung zur Zusammenfassung der beiden Risiken „Geschwindigkeitsüberschreitung“ und „unvorsichtiges Betreten der Straße“ in einem allgemeinen Risiko ist freilich erläuterungsbedürftig: Die Einzelrisiken sind nicht in jedem Kontext zutreffend beschrieben; vielmehr paßt die Beschreibung nur, wenn die Zustände ansonsten nicht vom Sollzustand abweichen. Im Beispiel: Für sowieso unrettbar schnell und unvorsichtig auf die Straße eilende Fußgänger bringt die Geschwindigkeitsüberschreitung eines Automobils kein Risiko, sondern allenfalls eine Variation der Begleitumstände, und für sowieso unbeherrschbar schnell fahrende Automobile gilt entsprechendes bei Fußgängern, die schnell und unvorsichtig die Straße betreten. Eine Situation, in der ein Zusammentreffen von Fahrzeug und Fußgänger ohne Ausweichchance sowieso unvermeidbar ist, degradiert alternativ jedes der beiden genannten Einzelrisiken zum bloßen Auslöser variiert Begleitbedingungen. Im Kontext des jeweils anderen Einzelrisikos verlieren also beide ihre Erklärungskraft. Als erklärungskräftiges Risiko bleibt das von beiden Einzelrisiken spezifiziertere allgemeinere Risiko: Zusammentreffen ohne Chance eines Ausweichens. Aber wer ist dafür zuständig?

Bevor eine Antwort versucht wird, soll an einem weiteren Beispiel gezeigt werden, daß die Problematik auch ohne Zeitgleichheit der risikoschaffenden Verhaltensweisen und auch bei unvermeidbarem Verhalten entstehen kann: Das Seil eines Aufzugs bricht, als eine Last in den Korb geworfen wird; der Korb stürzt ab und verletzt einen Menschen. Einige Drähte des Seils waren beschädigt; deshalb trug es nur noch erheblich weniger als die zugelassene Höchstlast. Die eingeworfene Last war freilich erheblich schwerer als diese Höchstlast. Für beide Defektgründe mögen zu unterschiedlichen Zeiten verantwortliche Personen unsorgfältig gehandelt haben (das Seil bei Wartungsarbeiten beschädigt; das Bedienungspersonal mißverständlich beraten), oder für einen oder für beide mag die Schadensneigung nicht erkennbar gewesen sein. Es können also zwei vermeidbare Verläufe konkurrieren oder aber zwei unvermeidbar unglückliche Verläufe, oder es trifft ein vermeidbarer Verlauf mit einem Unglück zusammen. Nun scheint bei der Schadensrealisierung die Überlast auf den ersten Blick keine Rolle zu spielen; der eventuell für die Last Zuständige könnte vorbringen, als die in den Korb geworfene Last gemäß den Regeln der Schwerkraft das Seil belastete, sei dies nur bis zu einem Gewicht geschehen, das geringer war als die zugelassene Höchstlast (denn sodann brach das Seil). Die Überlast sei

also Reservebedingung geblieben. Das ist freilich eine einseitige Erklärungsweise. Dagegen wird der eventuell für das Seil Zuständige vorbringen, ihm werde vorgeworfen, daß er einen rettenden Verlauf geschwächt, scil. einzelne Drähte des Seils beschädigt habe. Der Verlauf habe freilich wegen der Überlast überhaupt keine Rettungschance geboten. Also biete die Überlast die Erklärung des Unglücks, und die Beschädigung sei Reservebedingung geblieben. Abstrakt: Ein Plus an zerstörender Kraft ist die Kehrseite eines Minus an rettender Kraft. Beide Argumentationen treffen insoweit zu, als jedes der Risiken im Kontext des gegebenen anderen Risikos nur Begleitbedingungen variiert; eine Überschreitung der Sollast ist nur riskant, wenn die Solltragfähigkeit erreicht wird und umgekehrt. Aber beide sind insofern unvollständig, als sich das von beiden spezifizierte allgemeinere Risiko: Last größer als Tragfähigkeit, verwirklicht.

Erfahrung kann bei dieser Lage nicht helfen: Der Schadensverlauf bei „überbedingten“ Erfolgen ist immer nur mehrdeutig erfahrbar. Erhöht man in einem Experiment zum eben genannten Beispiel die Tragkraft bis zum Sollwert, so erhält man dasselbe Ergebnis wie bei einer Verminderung der Last bis zum Höchstzulässigen.

Eine Entscheidung kann nur nach dem Zweck strafrechtlicher Zurechnung erfolgen. Danach scheidet die Lösung aus, bei „überbedingten“ Erfolgen überhaupt niemanden zuzurechnen; denn eine solche Lösung nähme den Gütern bezüglich derjenigen Risiken die normative Garantie, die von anderer Seite sowieso bedingt werden. In dem Beispielfall eines abstürzenden Aufzugs würden also bei mangelnder Sorgfalt weder der für die Seile noch der für das Beschickungsgewicht Zuständige haften, wenn nur der jeweils andere gleichfalls unsorgfältig vorginge. Aber auch die Lösung, bei allseitigem Fehlverhalten alle Beteiligten zusammen haften zu lassen, ist nicht durchführbar. Dies wird in denjenigen Fallgestaltungen deutlich, in denen das Risiko schon perfekt bedingt ist (die Seile irreparabel beschädigt), wenn nochmals ein hinreichendes Maß an Bedingungen hinzugefügt wird (der Korb überladen). Eine Norm kann bei solcher Lage kein Gut mehr schützen, auch nicht mehr ein ohnehin verlorenes Gut vor einem Austausch des Risikos, sondern kann nur noch Variationen innerhalb des Verlaufs eines identischen Risikos verbieten oder – bei Unterlassungsdelikten – gebieten. Auch wenn der zweite Bedingungskomplex ebenso gut wie der erste als der wirkende definiert werden kann¹⁸, ersetzt er doch allenfalls, was

¹⁸ Anders verhält es sich bei der Leistung von Substanzen (Gift etc.); es kann dann zwar zu Vermischungen und dadurch zu einer gemeinsamen Verwirklichung kommen, aber die Anteile der einzelnen Leistungen am Schadensverlauf bleiben – zumindest in der Theorie – immer trennbar. Beispielhaft gesprochen: Wird das Wasser eines Brunnens von mehreren

schon geleistet ist. Wenn schon eine Unterscheidung der Bedingungen nach wirkenden und nicht wirkenden unmöglich ist, bleibt nur eine quantitative Ordnung, und bei dieser ist der einzig sachgerechte Ordnungsaspekt der Übergang von einer nicht hinreichenden zu einer hinreichenden Quantität¹⁹. Liegt also schon eine hinreichende Quantität vor, ist alles, was hinzukommt, für die Risikoverwirklichung irrelevant. "Überbedingen" ist demnach nicht auch ein Bedingen im Sinn der objektiven Zurechnung, oder für Unterlassungsdelikte formuliert: Das Unterlassen, einen schon theoretisch untrennbaren Bedingungskomplex von einem Übermaß auf ein immer noch hinreichendes Maß zu reduzieren, kann keine objektive Zurechnung der Erfolgsverwirklichung begründen. Im Beispielsfall heißt dies: Bei einem perfekt überladenen Aufzug haftet nicht, wer die sowieso schon zu schwachen Seile weiter schwächt, oder – bei Unterlassung – nicht bis zu einer sowieso zu geringen Sollstärke verstärkt; entsprechend verhält es sich bei perfekt zu schwachen Seilen, wenn das Gewicht erhöht oder nicht reduziert wird.

2. Es bleibt zu bestimmen, wann ein Bedingungsquantum perfekt ist. Da sich im Netz der Entstehungszusammenhänge mit Hilfe bloßer Kausalanalyse ohne Willkür keine Schnitte anbringen lassen, muß eine Entscheidung wiederum am Zweck der strafrechtlichen Zurechnung ausgerichtet werden. Sinnvolle Aussagen lassen sich also nur treffen, wenn ein Geschehen zumindest als zurechnungsrelevant denkbar ist, das heißt, es muß sich um ein vermeidbares Verhalten handeln oder aber um ein unvermeidbares von der Art, daß es eine nachfolgende Haftung (Ingerenz) begründen kann. Ob beispielsweise beim selbstmörderischen Sturz eines Menschen von einem 25 m hohen Turm auf steinernen Boden das Risiko der Beschleunigung (die freilich bei halber Höhe auch zu einem tödlichen Schädelbruch geführt hätte) oder der Härte des Bodens (aber auch weiches Erdreich hätte wegen der Höhe einen Schädelbruch nicht verhindert) den tödlichen Schädelbruch erklärt, ist eine Frage, die strafrechtlich nicht sinnvoll beantwortet werden kann.

Personen unabhängig voneinander in gleicher Art verschmutzt, mag bei einer Erkrankung derjenigen, die das Wasser getrunken haben, praktisch nicht zu ermitteln sein, welcher Täter für die aktuell wirkenden Krankheitserreger zuständig ist; in der Theorie ist die Zuordnung freilich immer eindeutig. Es wird nicht behauptet, diese an eine Substanz oder an eine Substanzart gebundene Betrachtung sei notwendig; sie ist aber üblich, wenn auch nicht unstrittig: für Kausalität aller Leistenden *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, § 9 II d; *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 45 ff. Ob sie überwunden werden könnte (etwa durch eine Konzeption, die auf die Richtung des Schadensverlaufs abstellt), wird hier nicht mehr untersucht.

¹⁹ Für den Rücktritt heißt das: Wer die Gesamtquantität an Bedingungen um das von ihm geleistete Maß reduziert, hat den eigenen Tatbeitrag paralyisiert, auch wenn die Restmenge hinreichend bleibt.

Weiterhin heißt eine Entscheidung nach dem Zurechnungszweck, daß von dem Zeitpunkt an, in dem das identische Risiko durch Normbefolgung nicht mehr beeinflussbar ist, auch keine Pflichten zur Vermeidung dieses Risiko mehr bestehen können (wohl aber noch Pflichten zur Vermeidung abstrakter Gefährdungen). Beispiel: Wer das Seil kappt, das zu schwach ist, den Abstürzenden aufzufangen, oder wer dem schon Abstürzenden noch einen Stoß gibt, haftet nicht für den kommenden Schadensverlauf. Nie durch Normbefolgung beeinflussbare Risiken schließen überhaupt strafrechtliche Haftung für dieses Risiko aus. Kein Statiker haftet also für den Einbruch eines schlecht konstruierten Daches unter einer extremen Schneelast, der auch ein Dach mit Sollwerten nicht gewachsen gewesen wäre. Unvermeidbar riskantes menschliches Verhalten schließt aus den genannten Gründen Haftung für das identische Gut immer dann aus, wenn nicht eine Ingerenzhaftung nachfolgt. Beispiel: Wer einem abgestellten Fahrzeug, das wegen eines unvorhersehbaren Defekts der Bremsen plötzlich auf eine Straße rollt, noch einen beschleunigenden Stoß gibt, haftet jedenfalls dann nicht für den kommenden Schadensverlauf, wenn der Sicherungspflichtige ansonsten das Fahrzeug auch nicht hätte anhalten können.

Ein Risiko kann nicht nur – wie in den bisher genannten Fällen – perfekt sein, weil die Kräfte des Menschen zur Beherrschung riskanter Verläufe von Natur aus beschränkt sind, sondern ihm kann von seinem Urheber auch die Bedeutung beigelegt werden, perfekt zu sein. Das ist der Fall, wenn ein Mensch das Risiko vermeidbar aus seinem Organisationskreis entläßt, ohne zugleich die Revokation des Risikos zu organisieren oder zuvor organisiert zu haben. Einzelheiten gehören zur Lehre von der *materiellen* Versuchsbeendigung, die hier nicht vorangetrieben werden kann²⁰. Mit dem Entlassen aus der Organisation wird expressiv gemacht, daß der weitere Verlauf nicht in acht zu nehmen sein soll. Wenn also im schon mehrfach genannten Beispielfall eines Unfalls mit einem Lastenaufzug der für die Montage der Seile Zuständige falsch montiert und sodann den Betrieb freigibt, ist das Risiko perfekt, auch wenn er sich jederzeit eines Besseren besinnen und den Betrieb sofort anhalten könnte und müßte; wird der Aufzug nach der Freigabe auch noch überladen, so ist dies nur eine Variation von Begleitbedingungen innerhalb des schon perfekten Risikos²¹. Tritt der erste dann doch noch

²⁰ Siehe *Jakobs*, ZStW 97, S. 751 ff, 761 ff.

²¹ Die Lösung gilt auch bei der Kausalität in der Gestalt des Abbruchs rettender Verläufe. Ein Verlauf ist nur rettend, solange nicht sein Abbruch perfekt bedingt ist. Es kommt nicht darauf an, ob ein als rettend gedachter Impuls oder etwas ähnliches irgendwo realiter aufgehalten wird, sondern ob die Bedingungen der Rettung oder die Bedingungen des Abbruchs der Rettung perfekt sind. Beispiel: Wer – ohne sich eine Revokation vorzubehalten – nach einem Verkehrsunfall einen Verletzten so verbirgt, daß ihn der

zurück²², wird freilich das „Überbedingen“ dadurch zum „Bedingen“ im Sinn der Zurechnungslehre. Das ist keine Besonderheit der hier behandelten Risikokonkurrenzen; auch wer zu einem schon perfekten Risiko ein *anderes* Risiko als *Reserverisiko* schafft, wird für den Fall, daß der für das zunächst perfekte Risiko Zuständige zurücktritt, zum Urheber des sich verwirklichenden Schadensverlaufs.

Die Anwendung der genannten Regeln wird in der Praxis häufig an der Unmöglichkeit eines exakten Beweises scheitern, insbesondere in Straßenverkehrssachen mit nahezu zeitgleichen Verhalten verschiedener Personen. Auch dies ist freilich keine Besonderheit dieser Fallgruppe, sondern von allen Risikokonkurrenzen her bekannt.

Notarzt nicht finden kann, schafft ein Risiko, das sich zwar nicht verwirklicht, wenn der Notarzt der Verletzung sowieso nicht gewachsen war (der Verlauf zur Tatzeit war nicht mehr rettend), wohl aber dann, wenn der Notarzt nach dem Verbergen von einer dritten Person rechtswidrig festgehalten wird (die dritte Person handelt, wenn der Verlauf schon nicht mehr rettend ist, der Verlust der Rettungsmöglichkeit wird also nur „überbedingt“). – Rettende Verläufe, die von Menschen betrieben werden müssen, die nicht Garanten (sondern allenfalls nach §§ 323 c, 138 StGB verpflichtet) sind, stehen natürlichen Verläufen gleich: Wird die Rettung nicht durchgehalten werden, so ist der Verlauf auch zu keinem Zeitpunkt vor dem Abbruch rettend. Beispiel: Wer eine hilfswillige, aber nicht hilfspflichtige Person festhält, die freilich im nächsten Gasthaus ihre Hilfspläne sowieso vergessen hätte, bricht keinen rettenden Verlauf ab (anders bei Garanten, bevor diese den Rettungsabbruch perfekt gemacht haben). – Der perfekte Abbruch erklärt den Schadensverlauf nur, wenn er nicht Reserverisiko bleibt, wenn also das Ereignis, das als Blockade einer Rettungsbahn o. ä. definiert wird, (a) aufgrund der Abbruchbedingungen auch (b) eintritt und (c) zu diesem Zeitpunkt der rettende Verlauf zum Gutserhalt noch nötig ist (mag er auch, bei a bis c, schon realiter anderweitig aufgehalten worden sein). (a) Wenn in *Engischs* (Kausalität, Fn. 7, S. 15) „spitzem“ Beispiel ein Täter uno actu den Scharfrichter wegstoßend, das Fallbeil ausklinkt und so den rettenden Blutkreislauf (!) des Opfers unterbricht, mag zwar die Unterbrechung schon durch den Scharfrichter perfekt bedingt gewesen sein (wenn nämlich dieser seinen Bewegungsablauf nicht mehr anhalten konnte), aber diesem Bedingungskomplex wird durch das nachfolgende Wegstoßen die Eigenschaft genommen, einen rettenden Verlauf abbrechen zu können (nicht weil der Täter realiter unterbricht, sondern weil der Impuls des Scharfrichters danebengeht!). – Ist ein Mensch so vergiftet worden, daß ein baldiges Versagen der Nieren (Nierenfunktion als rettender Verlauf!) bedingt ist, wird er aber alsbald erschlagen, verwirklicht sich das Risiko des Abbruchs der Nierenfunktion nicht, und zwar weil entweder (b) das Gift nach dem Erschlagen nicht in die Niere transportiert wird oder jedenfalls (c) die Nierenfunktion zur Zeit der Zerstörung des Organs keine Rettung eines Guts mehr leisten kann. Würde man beim Abbruch rettender Verläufe nicht prüfen, ob sich das Abbruchsrisiko verwirklicht, so wäre in den meisten praktisch relevanten Fällen die Rechtsgutschancensaldierung durch die Hintertür eingeführt: Insbesondere Veränderungen an Organismen lassen sich stets auch als Abbrüche rettender Verläufe (Blutkreislauf, Stoffwechsel) formulieren. Jede durch irgendein Risiko bedrohte organische Funktion könnte ohne Zurechnung durch jedes andere Risiko ausgeschaltet werden: Die Funktion wäre bei sowieso bedingtem Abbruch nicht mehr rettend.

²² Zu den Rücktrittsvoraussetzungen bei „überbedingten“ Erfolgen siehe oben Fn. 19.

IV.

1. Es soll noch etwas detailliert werden, nach welchen Grundsätzen der erfahrbare Zusammenhang einer Risikoverwirklichung ausgewählt wird, zu dessen Konkretisierung die Hypothese dienen soll. Bei der Prüfung, ob eine Körperbewegung einen Erfolg bedingt, wird in der Hypothese (also im angebotenen Experiment zur Demonstration eines wirklichen Zusammenhangs, oben II 1) die Körperbewegung durch Körperruhe ersetzt. Bei der Prüfung einer Risikoverwirklichung muß differenzierter verfahren werden. Würde in der Hypothese statt Körperbewegung Körperruhe eingesetzt – oder beim Unterlassungsdelikt statt Körperruhe eine bestimmte Bewegung –, so würde überspielt, daß regelmäßig eine Menge anderer Verhaltensweisen denkbar sind, die gleichfalls das Recht nicht brechen, wobei häufig Körperbewegung und unterlassene Beherrschung der Organisation, also Begehung und Unterlassung, aufs engste ineinander verschachtelt vorliegen. Rechtmäßige Alternative zu einem zu schnellen Autofahren am Ortseingang mit der Folge eines Unfalls ist jedenfalls das Unterlassen dieses Verhaltens; ins Positive gewendet kann dies freilich Verschiedenes heißen²³: rechtzeitig vorher Bremsen; rechtzeitig vorher Aufhören, das Fahrzeug zu beschleunigen; Anhalten; Stehenbleiben etc.; ja selbst vorher trotz Verbots Abbiegen ist zwar Unrecht, aber eben nicht dasjenige des Überschreitens der Geschwindigkeit innerhalb von Ortschaften. Es ließe sich nun – zumindest theoretisch – ermitteln, was bei dominanter Motivation zur Normbefolgung, also hypothetisch, als Verhalten vollzogen worden wäre und ob in der Hypothese der Schadensverlauf vermieden worden wäre. Im genannten Beispiel hätte sich vielleicht ein eiliger Fahrer dazu entschlossen, kurz vor dem Ortsschild in eine Umgehungsstraße abzubiegen; der Unfall wäre dann ausgeblieben. Ein solches Verfahren kann brauchbare Ergebnisse zeitigen, verfehlt aber den Zweck der gerade übertretenen Norm: Umgehungsstraßen dienen zwar manchmal dem zügigen Vorankommen, und ihre Einrichtung hat dann auch den Zweck, Unfälle in der Ortschaft durch eilige Autofahrer zu vermeiden, aber Geschwindigkeitsbeschränkungen in einer Ortschaft dienen – solange man sie nicht mißbraucht – nur dazu, die Gefahr schnellen Fahrens auf die Gefahr mäßigen Fahrens zu reduzieren, nicht aber auch dazu, die Gefahr des Fahrens überhaupt auszuschalten. Deshalb ist bei der Bildung der Hypothese ohne Blick auf die dem Täter naheliegenden Verhaltensalternativen dasjenige Verhalten einzusetzen, das einzig die normzweckwidrige Gefahr ausschaltet. Das Verhalten des Täters wird also in der

²³ Dazu *Puppe* (Fn. 8), S. 660ff, 662f; *dies.* (Fn. 17), S. 290f; *Niewenhuis* (Fn. 8), S. 57ff und passim.

Hypothese nur beschränkt umgebildet. Was genau zu ändern ist, läßt sich nicht allgemein beschreiben, sondern folgt aus dem Zweck der betreffenden Norm. Beispiele: Soll durch eine Norm nicht die Befindlichkeit an einem bestimmten Ort verhindert werden, sondern die Richtung einer Bewegung an diesem Ort (auf Einbahnstraßen, auf rechten oder linken Fahrbahnseiten etc.), so ist in der Hypothese der Täter nicht als abwesend zu denken, sondern als unbewegt oder als sich in anderer Richtung fortbewegend²⁴; geht es um die Quantität eines Merkmals, so ist dieses in der Hypothese bis zum schon Erlaubten zu vergrößern (7 kg Druck auf ein Bremspedal statt 4 kg, durch Zutreten – Unterlassungsdelikt – oder durch Nicht-Unterbrechen einer automatischen Bremsanlage – Begehungsdelikt) oder zu verkleinern (50 Stundenkilometer statt 70 Stundenkilometer, durch schwächeres Gasgeben – Begehungsdelikt – oder durch Abbremsen – Unterlassungsdelikt) etc.

2. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter in der konkreten Situation ein solches Verhalten vollziehen könnte, sondern allein darauf, daß er es dürfte; denn es ist Zweck einer Norm, *planbar* Schadensverläufe auszuschalten. Zufallsvermeidungen sind so irrelevant, wie in der Umkehrung Unglück irrelevant ist. Die Situation muß also standardisiert werden²⁵. Dadurch wird dem Opfer eine Chance auf Glück genom-

²⁴ A. A. BGH 10, S. 369 ff.

²⁵ Die Rechtsprechung kann mit ihrer Formel Zufallslösungen nicht ausschalten: „Die Frage, welches Verhalten ... verkehrsgerecht gewesen wäre, ist ... im Hinblick auf die Verkehrswidrigkeit zu beantworten, die als unmittelbare (?) Unfallursache in Betracht kommt, während im übrigen von dem tatsächlichen Geschehensablauf auszugehen ist“; BGH 24, S. 32 ff, 34; 33, S. 61 ff, 63. Im „tatsächlichen Geschehensablauf“ können sich die sonderbarsten Schadens- und Rettungsverläufe verbergen, die durch den Wandel des verkehrswidrigen Verhaltens in verkehrsgerechtes Verhalten freigesetzt werden, wie es etwa beim Sachverhalt zu BGH 33, S. 61 ff der Fall war: Wäre der Fahrer eines Autos nicht zu schnell gefahren, hätte zwar der Bremsweg auch nicht ausgereicht, aber die Bremsverzögerung hätte intensiver eingesetzt, und das Opfer hätte den Unfallort deshalb schon – zufällig, nicht unter Nutzung einer planbaren Rettungschance – verlassen gehabt, wenn der Täter es erreicht hätte; ebenso gut (bei geringfügig anderem Eigentempo oder Ausgangsort) hätte das Opfer bei überhöhtem Tempo nur gestreift, aber bei ordnungsgemäßem Tempo voll erfaßt werden können. Zutreffend kritisch zu der Entscheidung *Puppe*, JZ 1985, S. 295 ff; *Ebert*, JR 1985, S. 356 ff; *Streng*, NJW 1985, S. 2808 ff. Natürlich kann die Rechtsprechung ihre Formel vom „im übrigen ... tatsächlichen Geschehensablauf“ bei konkurrierendem Fehlverhalten dritter Personen nicht durchhalten, weil sonst die normative Garantie verlorenginge; BGH 30, S. 228 ff; dazu oben Fn. 8. Daß freilich ein konkurrierendes Fehlverhalten des Opfers anders zu behandeln sein soll (a. a. O., S. 231), wird nicht begründet und ist auch – selbst von der Zurechnungslehre des BGH aus – nicht begründbar. Zutreffend kritisch *Ranft* (Fn. 4), S. 1425 ff, 1426. – Zur Unbrauchbarkeit des Grundsatzes der Rechtsprechung, es sei für die Hypothese zeitlich auf den „Eintritt der konkreten kritischen Verkehrslage“ abzustellen (a. a. O.), siehe *Puppe* (Fn. 8), S. 662 f; *Niewenhuis* (Fn. 8), S. 80 ff.

men: Wenn eine Straße so schmal ist, daß ein breiter Lastwagen in ordnungsgemäßem Abstand nicht überholen könnte (freilich wiederum nicht so schmal, daß mit Lastwagen überhaupt nicht mehr gerechnet werden muß), wird bei der Prüfung, ob sich das Risiko eines Überholens mit zu geringem Seitenabstand verwirklicht hat, in der Hypothese doch ein in ordnungsgemäßem Abstand überholender Lastwagen eingesetzt. Das Opfer wird aber auch von Unglück entlastet: Daß bei ordnungsgemäßem Abstand, wäre er wirklich eingehalten worden, etwa ein Ast eines Chausseebaums ein Stück der Ladung des Lastwagens heruntergerissen hätte und die Ladung auf das Opfer gestürzt wäre etc., wird auch nicht berücksichtigt²⁶.

Sollen Zufallsergebnisse vermieden werden, so muß auch das Verhalten des Opfers in der Hypothese standardisiert werden. Ein Verhalten, das vom Opfer vollzogen worden wäre und das Rettung gebracht hätte, wird nur berücksichtigt, wenn es planvoll zur Rettung geführt hätte²⁷. Zum Ausgleich dafür wird ein zufällig schadenbringendes Verhalten gleichfalls nicht eingesetzt. Beispiel: Ein Fahrzeug gerät in einer Kurve auf einer Ölspur bei überhöhtem Tempo ins Schleudern und verletzt einen Radfahrer; bei der Hypothese eines ordnungsgemäßen Tempos ergibt sich ein gleichfalls, aber langsamer (oder in eine andere Richtung) schleuderndes Fahrzeug; bei dieser Lage kommt es nur dann darauf an, daß die Kollision wegen des geringen Schleudertempos (oder wegen der anderen Schleuderrichtung etc.) ausgeblieben wäre, wenn die gewonnene Zeit (oder die geänderte Richtung) generell planvoll nutzbare Rettungschancen eröffnet hätte. Im Gegenzug wird das Opfer von dem Risiko entlastet, daß die Kollision bei ordnungsgemäßem Tempo zufällig schlimmere Folgen hätte haben können.

Vorhandene Sonderfähigkeiten oder – gewichtiger – Sonderunfähigkeiten des Opfers spielen wegen der Notwendigkeit einer Standardisierung zur Vermeidung von Zufallsentscheidungen nur dann eine Rolle, wenn es – bei Fähigkeiten – Obliegenheit des Opfers ist, besondere Leistungen zu erbringen (professionelle Hochgeschwindigkeitsrennen; sorgloses Überqueren der Straße im Vertrauen auf die eigene Spurtkraft, falls ein Auto kommen sollte), oder – bei Unfähigkeiten – Obliegenheit des Täters, sich darauf einzustellen (vor Schulen, Altersheimen), mit

²⁶ Beim Abbruch rettender Verläufe (dazu oben Fn.21) ist zu beachten, daß der Abbrechende nur über die Beeinträchtigung des rettenden Verlaufs mit dem Schadensverlauf verbunden ist. Wäre der Verlauf zufällig doch nicht rettend gewesen, so fehlt eine Erfolgsverursachung. Dies darf nicht durch Standardisierungen übersprungen werden. Beispiel: Wer ein Rettungsfahrzeug aufhält, das aufgrund absonderlich unglücklicher Verwicklungen nicht am Rettungsort angekommen wäre, bricht keinen rettenden Verlauf ab.

²⁷ Anders BGH 33, S. 61 ff; dazu Fn. 25.

anderen Worten, wenn sie das erlaubte Risiko mitbestimmen. Muß etwa vor dem Eingang eines Altersheims besonders langsam gefahren werden, weil den alten Menschen Übersicht und Behendigkeit abgeht, ist dem Opfer eines Verkehrsunfalls (auch wenn es kein alter Mensch ist) bei der Hypothese eines korrekten Verhaltens des Autofahrers (also bei der Hypothese besonders langsamen Fahrens) auch nur eine reduzierte Fähigkeit gutzubringen, sich zu retten²⁸. – Im Normalfall sind normale Fähigkeiten anzusetzen: Wenn sich ein Opfer beim hypothetisch ordnungsgemäßen Verhalten eines Kraftfahrers nur wegen einer zufällig vorhandenen Sonderfähigkeit (professioneller Sprinter) hätte retten können, begründet das keine Risikoverwirklichung, wie es in der Umkehrung keine Verwirklichung hindert, wenn ein üblicherweise gelingendes Ausweichen wegen eines akuten Wadenkrampfs undurchführbar gewesen wäre.

Daß bei Sonderfähigkeiten des Täters, die ihm ein ansonsten normwidriges Verhalten erlauben, in der Hypothese vom Gebrauch der Fähigkeiten auszugehen ist, dürfte evident sein. – Sonderunfähigkeiten werden nur berücksichtigt, wenn es eine Möglichkeit gibt, sich mit dem Gebrechen erlaubt riskant zu verhalten²⁹. Hauptbeispiel: Kein Autofahrer kann sich darauf berufen, auch bei ordnungsgemäßigem Tempo wegen Trunkenheit nicht in der Lage gewesen zu sein, einen Unfall zu vermeiden.

Bei Sonderfähigkeiten des Täters, die sich auf das erlaubte Risiko nicht auswirken, also bei an sich überobligationsmäßigen Fähigkeiten (etwa eine besondere, bremswegverkürzende Anlage in einem Automobil), ist zu unterscheiden: Ist das *Opfer vor dem Täter* oder gleichrangig mit ihm für den Schadensverlauf zuständig, wird die Sonderfähigkeit in der Hypothese nicht berücksichtigt; denn wer sich einem Risiko selbst aussetzt, darf zwar eine den Regeln entsprechende Beherrschbarkeit des Risikos erwarten, aber für alles darüber hinaus muß er selbst sorgen. Beispiel: Torkelt ein Betrunkener auf eine Autobahn und wird dort von

²⁸ Weil sich der Normzweck ändert, ändert sich auch die Entscheidung dann, wenn ein allgemeines Vertrauen auf eine „Verkehrsberuhigung“ berechtigt ist, etwa weil ein spezieller Zweck einer Geschwindigkeitsbeschränkung weder mitgeteilt wird noch offenkundig ist.

²⁹ Das ist immer dann der Fall, wenn das *allgemeine Lebensrisiko* nicht überschritten wird. Wer beispielsweise im Schrittempo auf abgelegener Straße ein Auto mit abgefahrenen Reifen führt, erhöht nicht das allgemeine Lebensrisiko, solange es nicht verboten ist, einen entsprechend bereiften Karren entsprechenden Gewichts zu schieben. Wer freilich stark betrunken im Schrittempo mit dem Auto fährt, hält sich dann nicht im allgemeinen Lebensrisiko, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Fehlreaktion etwa das besondere Beschleunigungsvermögen eines Automobils realisiert wird. Siehe *Jakobs*, Beiheft ZStW 1974, S. 6 ff, 14 f; *ders.* (Fn. 4), 7/42 ff.

einem zu schnell fahrenden Auto erfaßt, so wird bei der Prüfung, ob der Unfall auf dem überhöhten Tempo beruht, ein vorhandenes bremswegverkürzendes Hilfssystem nicht in die Hypothese eingesetzt³⁰ (während Sonderfähigkeiten des Opfers hier einzusetzen sind). Ist aber der *Täter vor dem Opfer* zuständig, wird also das Risiko dem Opfer aufgedrängt, so ist es Angelegenheit des Täters, Rettungsmittel zu besorgen; in die Hypothese ist demnach einzusetzen, was dem Täter erreichbar ist. Beispiel: Gerät ein Autofahrer auf den Bürgersteig und verletzt einen Passanten, so ist bei der Prüfung, ob dies auf seiner Unaufmerksamkeit oder auf zu hohem Tempo etc. beruht, die Hypothese unter Berücksichtigung aller Sonderfähigkeiten zu bilden (während Sonderfähigkeiten des Opfers hier wegzulassen sind).

Der Argumentationsgang entspricht nicht zufällig demjenigen bei der Begründung einer Ingerenzhaftung (und auch dem Gang bei der Lösung einiger Konstellationen der Pflichtenkollision): Wer einem anderen Sonderisiken aufdrängt, muß schädliche Folgen auf eigene Kosten verhüten oder revozieren, so wie dritte Personen die Verhütung oder Revokation auf seine Kosten betreiben dürfen (scil. im aggressiven Notstand oder in Notwehr)³¹. Mit welchem Verhalten Täter wie Opfer und auch dritte Personen in die Hypothese einzusetzen sind, läßt sich also knapp beantworten: mit dem Verhalten, für das sie Garant sind oder das – bei Selbstverletzung – ihnen obliegt³². Geht es freilich darum, ob eine Person auf ein falsches Verhalten einer anderen Person hin ihrerseits falsch reagiert hat, so darf natürlich das falsche Verhalten der anderen Person nicht per Hypothese beseitigt werden. Beispiel: Unternimmt ein Vater für seinen Sohn während eines länger dauernden rechtswidrigen Angriffs von dritter Seite nur einen dubiosen Rettungsversuch, so ist bei der Prüfung, ob ein anderes Verhalten den Sohn besser geschützt hätte, der Angriff so in die Hypothese einzubringen, wie er stattfand.

³⁰ Wird in Wirklichkeit in einer Situation ohne vorrangige Zuständigkeit des Täters der Einsatz einer Sonderfähigkeit unterlassen, richtet sich die Haftung nach § 323 c StGB.

³¹ Siehe *Jakobs* (Fn. 4), 15/12, 29/14, 29 ff.

³² Zur – bei Obliegenheitsverletzungen – abweichenden Entscheidung der Rechtsprechung siehe oben Fn. 25; zu den unterschiedlichen Lösungen in der Literatur oben Fn. 8.

Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht

EBERHARD SCHMIDHÄUSER

I. Der Ausgangspunkt

Rechtfertigung ist immer Rechtfertigung menschlichen Verhaltens. Sie setzt voraus, daß an diesem Verhalten – ganz allgemein gesagt: – etwas Anstößiges ist. In der Rechtfertigung wird dargetan, daß man sich trotz dieses Anstößigen so verhalten darf (oder durfte).

Die Umgangssprache ist eindeutig. „Sich rechtfertigen“ heißt: aufzeigen, daß man sich trotz des Anstoß erregenden Moments richtig verhält (oder verhalten hat). Das gilt schon für im übrigen ganz harmlose Handlungen: Wer in seinem Garten nicht Tulpen-, sondern Narzissenzwiebeln steckt, rechtfertigt gegenüber der Familie sein Abweichen von dem gemeinsam besprochenen Gartenplan damit, daß auf dem Markt nur Tulpenzwiebeln minderer Qualität angeboten worden seien. – Wer als Dirigent an einer bestimmten Stelle der Symphonie von der Tempo- bezeichnung des Komponisten abweicht, rechtfertigt sich gegenüber dem Orchester mit dem Hinweis auf ein bestimmtes Verständnis des Musikwerkes. – Und wenn Schiller zu Goethes Idylle „Alexis und Dora“ Anstoß daran nimmt, daß so dicht auf ein Erlebnis erster Liebe die Eifersucht folge, dann beendet Goethe die Erklärung seines dichterischen Vorgehens (im Brief vom 22. 6. 1796) mit dem Satz: „So viel zur Rechtfertigung des unerklärlichen Instinktes, durch welchen solche Dinge hervorgebracht werden.“

Die Rechtfertigung bedeutet demnach immer die Bewertung eines Verhaltens in zwei Stufen (mag es dabei um eine moralische, ästhetische oder sonstige Bewertung gehen): zunächst wird dieses Verhalten in einer bestimmten Wertwidrigkeit gesehen, dann in seinem Zusammentreffen mit einer Wertverwirklichung, wobei sich ergibt, daß diese Wertverwirklichung die zunächst festgestellte Wertwidrigkeit in der Gesamtbewertung zurücktreten läßt.

Es ist also nicht von ungefähr, wenn man auch im Strafrecht von „Rechtfertigung“ spricht. Auch hier geht es um ein Zusammentreffen von Werten in einer konkreten Situation: ein Wert wird zurückgesetzt, einem anderen wird entsprochen. Oft ist es schon rein äußerlich erkennbar: ein Objekt wird verletzt, weil nur so ein anderes, meist ein höher bewertetes, gerettet werden kann.

Diese Struktur ist es, auf die uns das Wort „Rechtfertigung“ hinführt. Allerdings geht es im Strafrecht nie darum, daß „sich“ der Betroffene (gemeint ist dann der „Täter“) „rechtfertigt“; vielmehr ist in der Strafrechtsanwendung lediglich festzustellen, daß sein Verhalten gerechtfertigt ist, d. h. daß er sich so verhalten durfte. Ob der Betroffene „sich“ in Rede und Gegenrede „rechtfertigt“, ist immer unerheblich.

Wenn auch der strafrechtliche Begriff von Rechtfertigung mit der Kollision von Werten zu tun hat, dann läßt sich auch diese Kollision nur in zwei Stufen erfassen, falls sie vorliegt. Auf der ersten Stufe wäre die Wertverletzung festzustellen. Nur wenn sie gegeben ist, kann es auf Rechtfertigung ankommen; ihre Feststellung bleibt der zweiten Stufe vorbehalten. Rechtfertigung wäre dann gegeben, wenn auf dieser Stufe ein wertbejahendes Geschehen festzustellen wäre, das den Unwert der Wertverletzung, die auf der ersten Stufe festgestellt ist, „verdrängt“ (oder: relativiert).

Machen wir den ganzen Schritt in die strafrechtliche Terminologie und bezeichnen wir den Wertverstoß als „Rechtsgutsverletzung“ und sehen wir in ihr das „Unrecht“ begründet, dann hat die Frage nach Rechtfertigung mit Vorläufigkeit und Endgültigkeit des Urteils über das Unrecht zu tun. Auf der ersten Stufe ist dieses Unrechtsurteil nur vorläufig; zu einem endgültigen Urteil kommt es erst, wenn auf der zweiten Stufe nach weiteren Momenten des Tatgeschehens gefragt worden ist. Und zwar wird das vorläufige Unrechtsurteil auf der zweiten Stufe endgültig bejaht, wenn sich keine Rechtfertigung ergibt, und es wird endgültig verneint, wenn sich Rechtfertigung ergibt (– wobei auf Fragen des Beweiszwiefels zunächst nicht einzugehen ist).

II. Der Begriff der Rechtfertigung in der Strafrechtswissenschaft

1. Erster Überblick

Sucht jemand in Strafrechtslehrbüchern und in Kommentaren des Strafgesetzes nach einer Definition von „Rechtfertigung“, so wird er kaum fündig werden. Obwohl uns schon ein erster Blick auf die Alltagssprache einen Begriff der Rechtfertigung ermöglicht hat und obwohl von Rechtfertigung in jedem Buch über den Allgemeinen Teil des Strafrechts notwendig die Rede ist, verzichtet die Strafrechtslehre weithin auf die Definition dieses Begriffs. Sie bietet im entsprechenden Zusammenhang lediglich einen *Ersatz für Definition*: sie macht Bemerkungen über „Rechtswidrigkeit“, sie gibt Hinweise auf das Verhältnis von Regel und Ausnahme, von Indizwirkung und deren Entkräftung, von Verbotsnorm und Erlaubnissatz, – sie erörtert Prinzipien der Rechtfertigung und zählt einzelne Rechtfertigungsgründe auf. Aber all dies

setzt im Grunde einen Begriff von Rechtfertigung und dessen Definition voraus, und daran fehlt es fast durchweg.

Man sage nicht etwa, man biete eine Definition, wenn man den Rechtfertigungsgrund als „Erlaubnissatz“ bezeichne. Damit wird vielmehr nur ein Wort durch ein anderes ersetzt (als könnte man z. B. Sache durch das lateinische Wort „res“ oder Spezi durch „Freund“ definieren); dieses andere Wort bedarf seinerseits wieder der Definition, wenn wirklich erkennbar werden soll, wovon die Rede ist. Um dies deutlich werden zu lassen, sind die verschiedenen Arten von Definitionersatz zunächst näher zu betrachten.

2. Arten des Definitionersatzes

In der Literatur wird die eigentlich geforderte Definition der Rechtfertigung auf verschiedene Weise umgangen. Die folgende Reihe der Beispiele ist so gewählt, daß sie immer näher an die eigentlich gemeinte Struktur heranführt.

a) *„Formelle und materielle Rechtswidrigkeit“*. In dieser Weise wird in einem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil¹ unterschieden, wenn man sich an die Überschrift des Kapitels hält, in dem die Grundlage für das Verständnis der Rechtfertigung gelegt wird. Aber die Unterscheidung wird nicht weiter fruchtbar gemacht, – und sie soll dies offensichtlich auch gar nicht, selbst wenn gesagt wird, „formelle Rechtswidrigkeit“ werde gelegentlich dahin verstanden, daß bei bloßer Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliege, die tatbestandsmäßige Handlung werde auch rechtswidrig sein; „materiell rechtswidrig“ sei „eine tatbestandsmäßige Handlung nur dann, wenn die eventuellen Zweifel über das Vorliegen einer Ausnahmesituation beseitigt“ seien „und ein endgültiges Rechtswidrigkeitsurteil gefällt werden“ könne².

Soweit hier der Eindruck einer reinen Beweisfrage entsteht, hat sie ohnehin mit dem Begriff nichts zu tun; denn der Beweis setzt allemal den Begriff dessen voraus, um dessen Beweis es im einzelnen Strafverfahren geht. Im übrigen müßte die Unterscheidung schon für den Tatbestand (i. S. des Unrechtstatbestandes) bedeutsam sein, wenn man nur an die teleologisch-rechtsgutsbezogene Auslegung denkt, wie sie im Besonderen Teil allgemein anerkannt ist. „Formell“ wäre dann das gesetzliche Geschildertsein im Tatbestand, und „materiell“ wäre die Unwertsubstanz der Rechtsgutsverletzung, die den Gehalt des Geschilderten ausmacht. Auf die Rechtfertigungsgründe übertragen, wäre dann

¹ *Baumann/Weber*, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl., 1985, S. 256.

² Wie zuvor, S. 256, 258.

danach zu fragen, ob sie überhaupt auch „formell“ vorliegen müssen, d. h. einer gesetzlichen Schilderung bedürfen (was dann jedoch zu verneinen wäre).

In allem steckt kein Material für den Begriff der Rechtfertigung; und so verwundert es nicht, daß letzten Endes in der abschließenden Zusammenfassung³ des Kapitels, das „Formelle und materielle Rechtswidrigkeit“ überschrieben ist, diese Ausdrücke nicht mehr verwendet werden.

b) Rechtfertigung als Ergebnis von Gesetzestechnik. Gelegentlich wird die Rechtfertigung als bloßer Ausdruck einer gesetzgeberischen Entscheidung dargestellt: die Zahl der Rechtfertigungsgründe hänge „wegen der Technik des Gesetzes (Tatbestandsnorm – Gegennorm) durchaus von der gesetzlichen Tatbestandsfassung ab“, sei also „grundsätzlich unbeschränkt“⁴. Aber diese rein technische Sicht der Rechtfertigung wird hernach dort als für die Sache unergiebig erkennbar gemacht, wo nicht nur auf die frühere Anerkennung eines „übergesetzlichen Notstandes“ hingewiesen, sondern wo auch gesagt wird, es sei für den Bereich der Pflichtenkollision berechtigt, noch heute von „übergesetzlichem Notstand“ zu sprechen. Darin zeigt sich nämlich, daß es für die Frage der Rechtfertigung nicht auf die Gesetzestechnik als solche ankommt, denn sonst könnte eine Rechtfertigung ohne gesetzliche Vorschrift gar nicht anerkannt werden; und diese „übergesetzliche“ Rechtfertigung setzt ihrerseits wieder voraus, daß man von einem – wenn auch undefinierten – Begriff dieser Rechtfertigung ausgeht, der einen von der Gesetzgebung unabhängigen Gehalt hat.

So ist es schon früher mit Recht als unerheblich bezeichnet worden, an welcher Stelle im Gesetz ein Rechtfertigungsgrund geregelt ist: auch wenn die Notwehr in den § 212 aufgenommen wäre – wer einen Menschen außer im Falle der Notwehr tötet –, so wäre dies für den Charakter der Rechtfertigung gleichgültig⁵. Diese Einsicht kann hier nur wiederholt werden. Rechtfertigung kann also nicht als bloßes Produkt der Gesetzestechnik gesehen werden.

c) Die Rede von der „Indizwirkung“. Auf die Definition des Begriffs der Rechtfertigung wird auch dort verzichtet, wo die „Indizwirkung“ des Tatbestandes zum eigentlichen Gegenstand der Darstellung gemacht wird. Früher wurde das Wort „Indiz“ in diesem Zusammenhang noch in Anführung gesetzt und nicht eigentlich ernst gemeint⁶; heute wird fast

³ Wie zuvor, S. 279. – Vgl. dagegen *Hirsch*, LK, 10. Aufl., 1985, vor § 32, Rdn. 12 ff, der die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit ablehnt.

⁴ *Baumann/Weber*, wie zuvor, S. 289; zum folgenden S. 344.

⁵ Vgl. *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 81.

⁶ *Welzel*, wie zuvor, S. 80 (anders in der Überschrift ebenda).

allgemein das Verhältnis von „Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit“ darin gefunden, daß der Tatbestand ein „Indiz der Rechtswidrigkeit“ sei⁷.

Der Jurist ist vom Indizienbeweis her mit dem Begriff des Indizes wohl vertraut. Indizien sind dabei allemal Vermutungsgründe, und zwar bezogen auf ein Geschehen, das über das in den Indizien selbst jeweils Erwiesene hinausgeht. Reichen die Indizien aus, dann heißt dies, daß aus dem Vorliegen von Indizien aufgrund von Erfahrungssätzen der entscheidende Schluß auf das Gegebensein des Sachverhalts gezogen wird, auf den es für die Rechtsanwendung ankommt. Indizien meinen also insoweit immer etwas Partikulares.

Gerade dies trifft für die Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf die „Rechtswidrigkeit“ nicht zu, denn es geht ja hierbei nicht um den Schluß auf ein weiteres Geschehen, dessen *Vorliegen* für die Rechtsanwendung festgestellt sein müßte; vielmehr geht es um das *Nichtvorliegen* eines weiteren Geschehens, das Rechtfertigung bedeuten würde. Die Tatbestandsmäßigkeit erfaßt das Tatgeschehen vollständig, soweit es für das Unrecht der Straftat vorausgesetzt ist. Allerdings ist das Unrecht dann ausgeschlossen, wenn zu dem zuerst voll vorausgesetzten Sachverhalt ein weiterer Sachverhalt hinzukommt, und zwar ein solcher, der einem Rechtfertigungsgrund entspricht. Aber die Tatsache, daß ein dem Tatbestand entsprechendes Geschehen vorliegt, ist kein Indiz dafür, daß kein dem Rechtfertigungsgrund entsprechendes Geschehen gegeben ist; ein entsprechender Indizienbeweis ist ganz undenkbar. Vielmehr müssen, wenn im praktischen Strafprozeß die Rechtfertigung nicht von vornherein aufgrund der Gesamtumstände rundweg ausgeschlossen ist und wenn also etwa Notwehr auch nur in Betracht kommt, für die Verurteilung eigene Indizien festgestellt werden, die zu dem Schluß zwingen, daß kein die Notwehr begründender Sachverhalt vorliegt.

Die Rede vom „Indiz“ in dem Sinne, daß die Tatbestandsmäßigkeit ein Indiz für die Rechtswidrigkeit sei, erweist sich somit als ein den Begriff verfehlendes gedankliches Spiel ohne Erkenntniswert. Es wird hier ein Schritt in eine ganz andere Kategorie getan, ohne daß sich damit im jetzigen Zusammenhang etwas beweisen ließe (sog. *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος* – *metabasis eis allo genos*).

Von „Indiz“ könnte überhaupt nur in zwei Hinsichten gesprochen werden: im Einzelfall im Hinblick auf das Ganze des rechtfertigenden

⁷ So *Baumann/Weber*, wie Anm. 1, S. 257, 261; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 6. Aufl., 1983, S. 320; *Jescheck*, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 260. – *Lackner*, StGB mit Erläuterungen, 16. Aufl., 1985, vor § 32 Anm. II; vor § 13, Anm. III, 3 a, S. 54: „Indiz, das nicht mit einer Unrechtsvermutung gleichgesetzt werden darf.“ – Skeptisch zur Indiz-Formel *Otto*, Grundkurs Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1982, S. 92.

Sachverhalts, und für die Vielzahl von Fällen im Hinblick auf eine statistische Wahrscheinlichkeit. Den Einzelfall illustriert folgendes Beispiel: Wird in einem Wohnhaus geschossen und findet man hernach zwei Männer schwer verletzt im Zimmer am Boden liegen, nämlich den Wohnungsinhaber und einen Fremden, der eine Augenmaske trägt, und ist das Fenster im Erdgeschoß bei eingeschlagener Scheibe geöffnet, dann sprechen viele oder gar alle Indizien dafür, daß der Maskierte rechtswidrig in das Haus eingedrungen ist und den Wohnungsinhaber rechtswidrig verletzt hat, und daß der Wohnungsinhaber seinerseits den Maskierten in Notwehr und damit gerechtfertigt verletzt hat. – Und was die Vielzahl von Fällen betrifft, so sehe man folgende Beispiele: Wenn über einen gewissen Zeitraum mehrere Prostituierte bei Ausübung ihres Berufes getötet werden, dann ist die Rechtswidrigkeit dieser Tötungen indiziert, d. h. es spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß in kaum einem dieser Fälle die Frau den Mann angegriffen hat und von ihm in Notwehr getötet worden ist. Es spricht vielmehr statistisch alles dafür, daß der Mann die Frau rechtswidrig getötet hat; für den einzelnen Fall hat dieses „Indiz“ jedoch keinerlei Bedeutung. – Wenn dagegen im Laufe der Jahre zehn Leute nach unüblichem Zutritt in ein Haus von einem Bewohner erschossen worden sind, dann ist die Rechtmäßigkeit, also die Rechtfertigung dieser Tötungen indiziert; es spricht hier statistisch alles dafür, daß jeweils Notwehr vorlag. Aber auch dieses „Indiz“ ist für den einzelnen Fall als solchen ohne jede Bedeutung.

Indiz ist – wie schon gesagt – immer etwas Partikulares: der Teil eines Geschehens, von dem auf weiteres Geschehen und schließlich auf das Ganze eines Vorgangs geschlossen wird, soweit er als Ganzes interessiert. In der Rechtsanwendung ist Indiz partikular im Hinblick auf den Sachverhalt, auf den es für die Rechtsanwendung ankommt. Für die Bestrafung wegen Totschlags ist insoweit vorausgesetzt, daß der Angeklagte das Opfer getötet hat. Was den Ausschluß des damit *begründeten* Unrechts durch Rechtfertigung – etwa durch Notwehr – betrifft, so genügt es, wenn keinerlei Indizien dafür vorliegen, es könnte eine Notwehr in Betracht kommen. Da es dabei aber um einen weiteren Ausschnitt aus dem Gesamtgeschehen mit eigener rechtlicher Bedeutung geht, kann die Bejahung der dem (Unrechts-)Tatbestand entsprechenden Tötung kein Indiz dafür sein, daß dieser weitere, dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr entsprechende Sachverhalt nicht vorliegt. Vielmehr kann sich aus dem weiteren Geschehen sowohl ergeben, daß keine Rechtfertigung gegeben ist, als auch, daß Rechtfertigung vorliegt oder wenigstens in Betracht kommt. In der Praxis des Strafverfahrens bedeutet dies letztere, daß man (in dubio pro reo) insoweit im konkreten Fall freizusprechen hat; das rechtfertigende Geschehen braucht nicht dargetan zu sein, es genügt, daß es möglich bleibt. Die Formel, die Tatbe-

standsmäßigkeit indiziere die Rechtswidrigkeit, hilft also auch an dieser Stelle nicht weiter. Beweisrechtlich denkt denn auch niemand daran, die Annahme, daß kein Rechtfertigungsgrund vorliege, mit der gegebenen Tatbestandsmäßigkeit zu begründen. Aber auch materiellrechtlich ist damit nichts gewonnen.

Es ist daher zu empfehlen, das Wort „Indiz“ ganz zu vermeiden, wenn es um die Darstellung des Verhältnisses von Tatbestandsmäßigkeit zu „Rechtswidrigkeit“ bzw. zu Rechtfertigung geht. Wenn in der Vielzahl praktischer Strafverfahren – etwa bei der Staatsanwaltschaft – davon ausgegangen werden kann, daß bei Wegnahme fremder Sachen in Enteignungsabsicht, bei Sprengstoffexplosionen und bei Urkundenfälschung keine Rechtfertigung gegeben ist, so mag dies unter statistischem Aspekt als „Indiz“ bezeichnet werden; für die Rechtsanwendung im Einzelfall und für die Klärung der Begriffe ist dies ohne Wert. Die Verwendung dieses Wortes in diesem Zusammenhang beruht auf einem Fehlverständnis; und durch das Festhalten an diesem Wort kann das Fehlverständnis nur befestigt werden.

d) Das Regel-Ausnahme-Prinzip. Gelegentlich wird das Verhältnis von Tatbestand zu Rechtfertigung als das Verhältnis von Regel zu Ausnahme bezeichnet⁸. Noch offener als bei der Verwendung des Ausdrucks „Indiz“ wird damit auf eine statistische Betrachtung abgestellt, wenn hier die Vielzahl von „Tatbestandsverwirklichungen“ gewisser Delikte im Sozialleben gemeint ist. Daß damit für den Begriff der Rechtfertigung nichts zu gewinnen ist, hat sich schon in der Kritik der Rede von der Indizwirkung gezeigt. Im übrigen ist schon früh darauf hingewiesen worden, daß sich dieses Verhältnis auch umkehren könne⁹. So sind die in unserem Gemeinwesen vorkommenden Freiheitsberaubungen relativ selten rechtswidrig, meistens sind sie – nämlich als Untersuchungshaft und Strafvollstreckung – gerechtfertigt. Das Verhältnis von Regel zu Ausnahme ist hier also ganz anders, als es üblicherweise gemeint wird: Freiheitsberaubungen sind in der Regel gerechtfertigt, ausnahmsweise rechtswidrig. Für den Begriff der Rechtfertigung ist also auch mit einem „Regel-Ausnahme-Prinzip“ nichts gewonnen.

Die ganze Unsicherheit hängt wohl mit der Doppelbedeutung des Wortes „Regel“ und gleichermaßen des Wortes „Norm“ zusammen. Versteht man unter Regel und Norm die Richtlinie, Richtschnur oder Verhaltensanweisung, dann wird sie – formal betrachtet: – etwa bei der

⁸ Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 1981, Rdn.335. – Baumann/Weber, wie Anm. 1, S. 265 ff, sprechen von Regel-Ausnahme-Prinzip. Das Wort Regel wird hierbei freilich auch mit „Gegennorm“ konfrontiert, so daß Regel i. S. von (Verbots- und Gebots-) Norm und Regel i. S. des Regelmäßigen nicht klar getrennt werden.

⁹ Welzel, wie Anm. 5, S. 81.

Verbotsnorm durch den „Erlaubnissatz“ eingeschränkt, d.h. die zunächst zu allgemein formulierte Regel bzw. Norm wird durch Hinweise auf bestimmte Voraussetzungen, für die die Regel bzw. Norm nicht gilt, korrigiert: man darf niemanden töten, außer im Falle der Zulässigkeit durch Notwehr, d.h. man darf immer in den eng begrenzten Fällen entsprechender Notwehrlage töten, aber sonst nicht; man darf niemanden einsperren außer u. a. im Falle der Strafvollstreckung, d.h. man darf immer rechtskräftige Strafurteile durch Freiheitsentziehung vollstrecken.

Versteht man dagegen unter „Regel“ und „Norm“ das allgemein Übliche, das fast immer in dieser Weise Vorfindliche, dann wird es durch die Ausnahme durchbrochen: Amseln haben regelmäßig schwarze Federn, ausnahmsweise, nämlich im Falle des Albinos, weißgraue (aber ganz selten!); es ist die Regel, d.h. die statistische Norm, daß Strafurteile während der üblichen Dienstzeit der Gerichte verkündet werden, ausnahmsweise werden sie auch noch nach den üblichen Dienststunden am späten Abend verkündet.

Die Vermischung beider Begriffe: *Regel als Richtlinie* und *Regel als das Übliche*, wird dadurch nahegelegt, daß das der zunächst zu weit formulierten Richtlinie widersprechende Verhalten (z. B. du darfst nicht töten) in der staatlich organisierten Gesellschaft seltener in der Weise geschieht, die von der Richtlinie ausgenommen ist, als in der, die ihr widerspricht; daß dies aber nicht für alle Richtlinien gilt, zeigte sich an der Freiheitsberaubung. Festzuhalten bleibt für die Suche nach dem Begriff der Rechtfertigung: man sollte nicht von „Regel“ reden, ohne sich dessen bewußt zu sein, daß nur die „Regel“ i. S. des Üblichen durch die Ausnahme *durchbrochen* wird, die „Regel“ als Richtlinie dagegen durch Zusätze *eingeschränkt* wird, etwa die Verbotsnorm durch sog. Erlaubnissätze.

e) *Verbotsnorm und Erlaubnissatz*. Das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit zu Rechtswidrigkeit bzw. zu Rechtfertigung wird heute meistens mit Hilfe der Unterscheidung von Verbotsnorm und Erlaubnissatz dargestellt. Man sagt dann von der Tatbestandsmäßigkeit, sie bedeute, daß das Verhalten des Täters einer Verbotsnorm widerspreche, und von der Rechtfertigung bzw. dem Rechtfertigungsgrund, daß hier „die Tatbestandsverwirklichung“ durch einen „Erlaubnissatz“ „gestattet“ werde¹⁰. In diesem Sinne wird ausdrücklich das „Zusammenspiel von Verbotsnorm und Erlaubnissatz“ betont¹¹.

¹⁰ Welzel, wie Anm. 5, S. 80. Ferner u. a. Jescheck, wie Anm. 7, S. 258 ff; Hirsch, wie Anm. 3, Rdn. 6; Stratenwerth, wie Anm. 8, Rdn. 175 f, 183; Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 15. Aufl., 1985, S. 77.

¹¹ Stratenwerth, wie Anm. 8, Rdn. 175, 183.

Man kann von Einzelheiten durchaus absehen – jedenfalls wird hier nach der vorausgegangenen Reihe verfehlter, statistisch begründeter oder einem gesetzgeberischen Belieben Raum gebender Sichtweisen der Blick in den Bereich gelenkt, in dem der Begriff der Rechtfertigung allenfalls seinen Platz haben kann, nämlich in den Bereich des Normativen.

Aber wenn sich etwa die neuere Diskussion zu § 218 a StGB mit der Frage befaßt, ob die Indikationen des Schwangerschaftsabbruchs Rechtfertigungsgründe oder Entschuldigungsgründe sind oder ob sie gar einer anderen Kategorie angehören¹², dann wird damit für unseren vorliegenden Gegenstand deutlich, daß mit „Verbotsnorm“ und „Erlaubnissatz“ nur die formalen Kategorien benannt sind, die für die Erfassung der Begriffe nicht ausreichen. Und wenn gar von „Erlaubnistatbestand“ gesprochen wird¹³, dann wird der sonst verwendete Begriff des Tatbestandes einfach beiseite geschoben (der nämlich das für eine Strafrechtsfolge vorausgesetzte Geschehen in seiner Wertwidrigkeit meint), und es wird zudem für die Rechtfertigung eine gesetzgeberische Äußerung vorausgesetzt, die – wie schon an der übergesetzlichen Rechtfertigung zu zeigen war – gar nicht notwendig ist.

Auch die Frage nach dem *Adressaten* von Verbotsnorm und Erlaubnissatz müßte, wenn schon von Tatbestand gesprochen wird, in diesem Zusammenhang beantwortet werden. Gewiß gibt es Rechtsgebiete – insbesondere jenes Strafrecht, das wir Ordnungswidrigkeitenrecht nennen –, wo das Gesetz einzelne Anweisung gibt und sie sozusagen negativ begrenzt (wenn etwa nach dem Arzneimittelgesetz genaue Vorschriften über die Abgabe von Arzneimitteln gegeben werden, oder wenn nach dem Bundesjagdgesetz die genau festgesetzte Schonzeit die Jagderlaubnis begrenzt oder gar umgekehrt die Schonzeit durch die Jagderlaubnis unterbrochen wird) und wo die jeweilige Regelung den Betroffenen in gebotener Weise bekanntgemacht wird; ja auch die Regelung der Indikationen zu § 218 a StGB mit den präzisen Fristsetzungen scheint, bezogen auf den Kreis der Medizinalpersonen, hierher zu gehören. Aber wenn man eine nicht auf einen bestimmten Personenkreis bezogene Regelung als Beispiel bringt, dann erscheinen die Formeln von Verbotsnorm und Erlaubnissatz, von „Appellfunktion des Tatbestandes“¹⁴ und „Erlaubnistatbestand“ als Ausdruck einer künstlichen Konstruktion, die von

¹² Dazu die Darstellung bei Lackner, wie Anm. 7, § 218 a Anm. 1.

¹³ Lenckner, in Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl., 1985, vor §§ 32 ff.; Rdn. 4; Wessels, wie Anm. 10, S. 77. – Jeschke, wie Anm. 7, S. 259, spricht von Rechtfertigungstatbeständen. Dreher/Tröndle, StGB, 42. Aufl., 1985, § 16, Rdn. 27, spricht vom Irrtum über den Erlaubnistatbestand. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, S. 202 f., anerkennt auch einen „außergesetzlich“ formulierten Rechtfertigungstatbestand.

¹⁴ Jeschke, wie Anm. 7, S. 259.

den Erfahrungen des gesellschaftlichen Lebens weit entfernt ist und nur uns gelernten Juristen naheliegen mag. Wer in der Bevölkerung kennt etwa den „Erlaubnis-Tatbestand“, der nach § 127 I StPO die vorläufige Festnahme eines auf frischer Tat betroffenen Täters gestattet?

So führt die Rede vom Erlaubnissatz oder gar Erlaubnistatbestand zwar über die statistischen Betrachtungen hinaus, aber ermöglicht doch nicht, den *Begriff* der Rechtfertigung zu bestimmen. Dazu wird es vielmehr nötig sein, das Formale der Betrachtung noch deutlicher zu überwinden. Daß man sich zur Frage der Rechtsnatur der Indikationen bei Schwangerschaftsabbruch überhaupt wissenschaftlich auseinandersetzen kann, beweist zwingend, daß die bloße gesetzliche Regelung noch keinen Begriff von Rechtfertigung ergibt. Dazu bedarf es einer Erfassung des sachlichen Gehalts, also einer Materialisierung, die von den besprochenen Formulierungen nicht geleistet wird.

f) *Der Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung.* Wenn im Schrifttum über das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit gesagt wird, es sei damit der „Widerspruch zur Rechtsordnung im ganzen“ gemeint¹⁵, so soll diese Formulierung das abschließende Urteil darüber bezeichnen, daß dem in der Tatbestandsmäßigkeit liegenden Verstoß gegen die Verbots- und Gebotsnormen kein Erlaubnissatz gegenüberstehe. Das zuvor erörterte Zusammenspiel dieser Momente wird aus dieser Sicht also vorausgesetzt; die „Verneinung der Rechtfertigungsfrage“ gibt sich als Teil dieses Urteils; für den *Begriff* der Rechtfertigung ist nichts Neues hinzugewonnen.

g) *Anführung verschiedener Rechtfertigungsprinzipien.* Nach dem Grundmuster des nunmehr zu besprechenden Definitionersatzes werden mehrere Rechtfertigungsprinzipien alternativ angeführt. Es sind dies die sog. „pluralistischen Theorien“, und man meint dann meist die Prinzipien des „überwiegenden Interesses“ und des „mangelnden Interesses“¹⁶, je nachdem auch das des gleichwertigen Interesses¹⁷. Ferner werden neuerdings angeführt die Prinzipien der „Verantwortung durch das Eingriffsoffer“, der „Interessendefinition durch das Opfer“ und der „Solidarität“¹⁸.

Mit dieser Benennung von Prinzipien ist – im Vergleich zu allen vorangehend angeführten Arten von Definitionersatz – der entschei-

¹⁵ Hirsch, wie Anm. 3, Rdn. 6; Lackner, wie Anm. 7, vor § 13, Anm. 3. – Vgl. auch Wessels, wie Anm. 10, S. 76.

¹⁶ So schon Mezger, Strafrecht, 2. Aufl., 1933, S. 205. Heute u. a. Lenckner, wie Anm. 13, vor § 32, Rdn. 7; Blei, Strafrecht I, 18. Aufl., 1983, S. 130 f.; Jescheck, wie Anm. 7, S. 261. – Generell „pluralistisch“ Maurach/Zipf, wie Anm. 7, S. 328.

¹⁷ Und zwar für die Fälle einer Kollision von Handlungspflichten Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 99.

¹⁸ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, Rdn. 11/3.

dende Schritt zur Materialisierung der Rechtfertigung getan. Man gibt hier sachliche Gründe an, in denen man die Rechtfertigung sieht. Es sei hier ganz beiseite gelassen, inwieweit der Begriff des Interesses mit dem des Rechtsguts gleichgesetzt werden kann; jedenfalls scheint nun ein Begriff der Rechtfertigung gegeben, der in seiner Materialisierung etwas Einleuchtendes hat: man darf so handeln, wenn das tatbestandlich geschilderte Interesse, etwa aufgrund von Einwilligung, entfällt, ferner, wenn es hinter einem anderen und damit vorrangigen Interesse zurücktritt.

Warum ist nun diese Darstellung von Rechtfertigungsprinzipien in der Reihe der Arten eines Definitionersatzes anzuführen und nicht schon selbst als Definition anzuerkennen? Die Antwort kann nur aus dem logischen Zusammenhang von Wort, Begriff und Definition heraus erfolgen: der Rechtfertigung kommt im Rahmen der Erfassung der Straftat eine durchweg einheitliche Rolle zu. Sie wird – mit Recht – allgemein in der Weise gesehen, daß bei gegebener Tatbestandlichkeit eines Verhaltens die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Für diese einheitliche Funktion muß es mit logischer Notwendigkeit auch einen einheitlichen Begriff geben; und wenn verschiedene „Prinzipien“ der Rechtfertigung, wie es meist geschieht, alternativ angeführt werden, so kann dies nur dann logisch stichhaltig sein, wenn sie alle dem *einen* Begriff der Rechtfertigung unterfallen. Im Grunde handelt es sich dann um erste, wenn auch noch relativ abstrakte Konkretionen des allgemeineren Begriffs. Es geht ja nicht etwa um verschiedene Begriffe, die – mehr oder weniger zufällig – denselben Namen tragen, wie wir dies z. B. vom Terminus „Bank“ her kennen, der einerseits den Begriff einer räumlichen Erhebung (sei dies nun eine Sitzgelegenheit, eine Erhebung des Meeresbodens i. S. einer Sandbank oder dgl. mehr) bezeichnet, andererseits aber auch eine Anstalt für den Geldverkehr. Sowenig wir verschiedene Begriffe von Straftat haben (sondern nur verschiedene Arten von Straftaten, die alle dem Begriff der Straftat unterfallen), sowenig kann innerhalb dieses einen Verständniszusammenhangs eine Mehrzahl von Rechtfertigungsbegriffen einen Platz finden. An eine solche Mehrzahl denkt ja ernstlich auch niemand; gleichwohl verzichtet man hier auf die Bemühung um den Begriff, also auf die logisch haltbare Definition des Begriffes von Rechtfertigung – aus Gründen, auf die noch hinzuweisen sein wird.

III. Der strafrechtliche Begriff der Rechtfertigung

1. Die gebotene Begriffsbestimmung

Alle vorangehenden Überlegungen – sie betrafen den Ausgangspunkt unserer Frage und galten dann der Kritik des Definitionersatzes – lassen

erkennen, um welchen Begriff von Rechtfertigung es im Strafrecht überhaupt nur gehen kann. Dieser Begriff betrifft die Struktur der Rechtfertigung aufgrund einer letztlich ethischen Analyse und ist insoweit unabhängig von jeder spezifischen Straftatsystematik.

Vorausgesetzt ist zunächst die Wertverletzung; ohne Bezug auf sie läßt sich nach Rechtfertigung nicht sinnvoll fragen. Dann aber bedeutet *Rechtfertigung*, daß in der konkreten Verhaltenssituation zwei Werte derart miteinander kollidieren, daß der hinter der tatbestandlichen Unrechtsschilderung stehende Wert zugunsten des anderen Wertes verletzt werden darf. „*Rechtfertigungsgrund*“ ist sodann die Konkretisierung des Wertes, dem der Täter der unrechtstatbestandlich geschilderten Tat unter Zurücksetzung des in dieser Tat verletzten Wertes entsprechen darf.

Die Weite des Begriffs – seine relative Abstraktheit – ist die Folge der Vielzahl von Geschehensstrukturen, bei denen wir notwendig von Rechtfertigung sprechen müssen, wenn wir die Strafrechtsanwendung nachvollziehbar begründen wollen. Straftat, Tatbestand, Schuld – dies sind ebenfalls Beispiele relativ abstrakter Begriffe; es wäre verfehlt, wollte man von einem Begriff verlangen, daß aus ihm alle seine Konkretionen sozusagen deduktiv müßten abgeleitet werden können.

Immerhin sind *zwei grundlegend verschiedene Strukturen* mit diesem übergeordneten Begriff erfaßt: bei *Handlungsdelikten* darf der Wert, der durch Handeln verletzt wird, nur zurückgesetzt werden, wenn der beachtete andere Wert in der konkreten Situation den Vorrang hat; bei *Unterlassungsdelikten* dagegen darf der Wert, der durch Nichthandeln verletzt wird, schon dann zurückgesetzt werden, wenn der beachtete Wert gleichrangig ist und wenn in der konkreten Situation nicht zu gleicher Zeit beiden Handlungsanforderungen entsprochen werden kann.

Für Vorrang bzw. Gleichrangigkeit sind nicht nur die betreffenden Werte im Sinne einer abstrakten Werteskala – also die Rechtsgüter als solche – maßgeblich, sondern auch der Grad der Objektsgefährdung u. a. m. Also entscheidet letztlich die so verstandene *Dringlichkeit des Wertanrufes* in der konkreten Situation.

2. Verfehltete Ablehnung des Begriffs der Rechtfertigung

Der soeben bestimmte Begriff entspricht – im Unterschied zu der Sicht der sog. pluralistischen Theorien – einer „monistischen“ Theorie¹⁹.

¹⁹ In diesem Sinne „monistisch“ in neuerer Zeit: Noll, ZStW 1965, S.1 ff, der „die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung“ dartut. Ferner Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978, S. 32 (allerdings mit unbeantworteter Frage zur Einwilligung). – Andeutungen zu einem einheitlichen Begriff der

D.h. er ist auf eine einheitliche Definition gebracht, wie es die Logik fordert. „Pluralistisch“ sind allenfalls die Rechtfertigungsgründe; und sie mögen innerhalb des Begriffs der Rechtfertigung im einzelnen auch durchaus unterschiedliche Strukturen haben. Einheitlich aber ist der *Begriff der Rechtfertigung* selbst. Er ist, wenn auch nicht so ausführlich wie hier, schon vor längerem entwickelt und bestimmt worden²⁰.

Es hat sich nun aber in den vorangehenden Abschnitten nachweisen lassen, daß ein derartiger einheitlicher Begriff der Rechtfertigung weit- hin abgelehnt wird, ja, daß man sich um den Begriff selbst gar nicht bemühen zu sollen glaubt. Was sind die Gründe oder auch die Begründungen und die Ursachen dieser Ablehnung? Hierauf ist noch kurz zu antworten.

a) Der „dreistufige“ *Straftaufbau*. Hauptursache des Begriffsverzichts ist das Festhalten an dem von *Liszt* und *Beling* herrührenden dreistufigen Aufbau der Straftat²¹. Dieser Aufbau entspricht nicht eigentlich der schlichten Aufgabe einer Begriffsanalyse; er folgt vielmehr im Ansatz einem auf Klassifikation ausgerichteten System: der „Handlung“ als vorausgesetztem Oberbegriff werden die einengenden Artmerkmale der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuld zugeordnet. Da nun mit „Rechtswidrigkeit“ der jeder Straftat zugrunde liegende primäre Unwert bezeichnet erscheint (der also der Schuld vorgelagert ist), entsteht der Eindruck, die „Tatbestandsmäßigkeit“ sei wertfrei, also bloße formale Schilderung eines Geschehens, dem noch kein Unwert zukomme. Wenn dem wirklich so wäre, dann käme erst auf der nächsten Stufe, nämlich der der Rechtswidrigkeit, zu diesem wertfrei gesehenen Geschehen der Unwert hinzu. Aber dies wird dann im Grunde wieder verneint, wenn insoweit richtig und ausdrücklich betont wird, „die Lehre von der Rechtswidrigkeit“ sei „in der Praxis eine Lehre von der Rechtmäßigkeit, nämlich die Darstellung derjenigen Sachverhalte, die trotz Tatbestandserfüllung im Einzelfall nicht rechtswidrig“ seien²². Nur sollte hieraus die Erkenntnis erwachsen: wenn dies in der „Praxis“

Rechtfertigung bei *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, S. 15 („die sozial richtige Regulierung von Interesse und Gegeninteresse“). *Jakobs* wie Anm. 18, Rdn. 11/1, meint, Rechtfertigungsgründe seien „die rechtlich guten Gründe, ein an sich verbotenes Verhalten doch zu vollziehen“. – Meine eigene „monistische“ Begriffsbildung zuerst *Engisch-Festschrift*, 1969, S. 450–452; sodann *Schmidhäuser*, *Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch*, 2. Aufl., 1975, Rdn. 9/2 (allerdings nur für das Handlungsdelikt formuliert); *Stu- dienbuch*, 2. Aufl., 1984, Rdn. 6/1.

²⁰ *Noll* und *Schmidhäuser*, wie Anm. 19.

²¹ Als Beleg diene hier nur: für die herkömmliche Systematik *Baumann/Weber*, wie Anm. 1, S. 100, 171 ff; für die finalen Handlungslehren *Maurach/Zipf*, wie Anm. 7, S. 172 ff; *Stratenwerth*, wie Anm. 8, Rdn. 165 ff.

²² *Maurach/Zipf*, wie Anm. 7, S. 318.

offenbar so sein muß, dann ist eben die Theorie falsch, die erst auf der zweiten Stufe der Straftatanalyse zur Tatbestandsmäßigkeit den Unwert der Rechtswidrigkeit hinzutreten läßt. Vielmehr muß auch für die Theorie gelten: dieser Unwert kann nicht dadurch begründet werden, daß Rechtfertigung nicht gegeben ist, sondern er muß schon begründet sein, bevor nach Rechtfertigung gefragt wird²³. Es gilt nur, die materiale Rechtsgutsverletzung in ihrem tatbestandlichen Geschildertsein als Unrechtsbegründung anzuerkennen; dies allein entspricht auch der rechtsgutsbezogen-teleologischen Auslegung, die hinsichtlich der einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils überall als selbstverständlich angesehen wird.

Dies bedeutet aber: an die Stelle der stark formal ausgerichteten Folge „Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit“ hat die materiale Analyse zu treten mit der Folge „Unrechtsbegründung im Unrechtstatbestand – Unrechtsausschluß durch Rechtfertigung“. Dies ist an anderem Ort schon ausführlich dargetan; hierauf darf verwiesen werden²⁴.

b) Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Es wird gesagt, die „Reduzierung“ der Rechtfertigung „auf einen einheitlichen Gedanken mit materiellem Kern“ gelinge nur deshalb, weil „zuvor die Fälle der Einwilligung“ „der Rechtfertigungsebene entzogen und dem Tatbestand zugeordnet“ würden²⁵. Es wird damit sozusagen als unabdingbar vorausgesetzt, daß die Einwilligung Rechtfertigungsgrund sei. Dies aber wäre denn doch zuvor zu beweisen. Die bloße Tradition dieses Verständnisses ist kein Beweis. Im Gegenteil: schon die alte Formulierung, daß es dabei um „mangelndes Interesse“ gehe²⁶, hätte weiterführen müssen zu der Erkenntnis, daß es hier um den materialen Gehalt der Unrechtsbegründung geht und daß mit dem Wegfall des Interesses auch die Interessenverletzung und damit wieder die Rechtsgutsverletzung und schließlich eben die *Unrechtsbegründung* entfällt. Willigt der Berechtigte beachtlich ein, dann ist die *Objektsverletzung* eben nur eine „scheinbare Rechtsgutsverletzung“²⁷.

²³ Ganz in diesem Sinne neuerdings *Jakobs*, wie Anm. 18, 6/59: man möge bezüglich der Rechtfertigung „von einer Stufe der Deliktsermittlung sprechen, aber eine Stufe des Delikts selbst ist das Fehlen von Rechtfertigung nicht; vielmehr ist der verwirklichte Tatbestand im Fall des Fehlens von Rechtfertigungsgründen das Unrecht“. – Auch schon *Schmidhäuser*, *Engisch-Festschrift*, 1969, S. 454, und zuletzt Studienbuch AT, 2. Aufl., 1984, Rdn. 6/10.

²⁴ *Schmidhäuser*, wie Anm. 23.

²⁵ *Samson* in SK, StGB, vor § 32, Rdn. 22.

²⁶ Vgl. *Mezger*, wie Anm. 16, S. 207 f.

²⁷ Zum Begriff der scheinbaren Rechtsgutsverletzung: *Schmidhäuser*, StB AT, wie Anm. 23, Rdn. 5/95, 106 ff.; ferner jetzt: Margret Kruse, *Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten*, 1985.

Jede nicht rein formale Sicht der tatbestandlichen Geschehensschilderung muß – hält man sie konsequent durch – zu diesem Ergebnis kommen. Daß aber das Formale hier abzulegen ist, ergibt sich schon daraus, daß wir die einzelnen Straftatbestände des Besonderen Teils teleologisch-rechtsgutsbezogen auslegen. Dies muß sich auch in den Begriffen der allgemeinen Strafrechtslehre niederschlagen, und das bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang, daß in den Fällen beachtlicher Einwilligung nur eine scheinbare Rechtsgutsverletzung gegeben ist und demnach die Unrechtsbegründung und damit der Unrechtstatbestand entfällt²⁸.

c) *Die Umdeutung des Tatbestandes zur Verbotsformel.* Die Strafrechtswissenschaft geht in manchen ihrer Bemühungen wie selbstverständlich davon aus, der Unrechtstatbestand sei aus der Sicht einer jedermann einleuchtenden Verbotsformel zu verstehen. Es kommt dann darauf an, was als abstrakt-allgemeingültig formuliertes Verbot (bzw. Gebot) zu denken ist; der Verstoß hiergegen bildet für diese Ansicht den „Normverstoß“, der im (Unrechts-)Tatbestand geschildert ist²⁹.

Für diese Ansicht müßte also etwa die Sachbeschädigung (§ 303 I StGB) von dem Verbot her verstanden werden: „du sollst keine fremde Sache beschädigen“. Die Einwilligung des Eigentümers würde dann den so verstandenen Normverstoß nicht etwa ausschließen, sondern eben nur rechtfertigen³⁰.

Soviel zunächst für diese Sicht sprechen mag, erweist sie sich doch letztlich als formal im gleichen Sinne, wie das schon oben aufgezeigt worden ist. Es kann – richtig gesehen – nicht auf eine sozusagen volkstümlich-allgemeine Formulierung einer Verbotsnorm ankommen, sondern vielmehr nur auf die im Sozialleben anerkannten Güter und auf den auf sie bezogenen sozialetischen Anspruch auf Achtung. Wenn es auf eine entsprechende Formulierung ankäme, könnte die Formel auch so lauten, daß man die *Interessen* des Eigentümers nicht durch Sachbeschädigung verletzen dürfe. Dann wäre im Falle der Einwilligung des Berechtigten der Normverstoß von vornherein nicht gegeben.

d) *Die angebliche Inhaltsleere der monistischen Theorie.* Es wird gesagt, die „monistische Theorie“ – und dazu gehört auch der soeben vorgeschlagene Begriff – besage nicht mehr, als daß Rechtfertigung „rechtlich

²⁸ Ganz in diesem Sinne u. a. *Maurach/Zipf*, wie Anm. 7, S. 215 (mit Hinweis auf gleiche Einordnung bei *Armin Kaufmann, Horn, Eser, Kientzy, Roxin, Kühne*).

²⁹ Vgl. vor allem *Welzel*, wie Anm. 5, S. 50, 80 ff.

³⁰ In diese Richtung geht z. B. die Darstellung bei *Baumann/Weber*, wie Anm. 1, S. 265.

gute Gründe des Handelns“ seien³¹; offenbar verlangt man, daß konkretere Inhalte aufgezeigt werden, wenn von Rechtfertigung die Rede ist.

Aber dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Einmal ist doch etwas mehr über den Begriff gesagt worden, als durch die Formel „vom guten Grund“ ausgedrückt werden kann. Und sodann müssen auch die anschaulicheren Konkretionen einem einzigen Begriff der Rechtfertigung unterfallen, wenn sie alle als Rechtfertigungsgründe verstanden werden sollen. Ein Begriff kann nicht wegen seiner Weite abgelehnt werden, wenn man ihn zugleich so gebraucht, daß er nur in dieser Weite überhaupt definiert werden kann.

e) *Der Vorgriff auf den Verbotsirrtum.* Die sachbezogene Definition des Begriffs von Rechtfertigung mag wohl auch deshalb vernachlässigt werden, weil man gewisse Folgen für die strafrechtliche Behandlung des Verbotsirrtums nicht gelten lassen möchte³². Aber dies hieße: das Pferd vom Schwanz her aufzuzäumen. Es soll hier nicht weiter kritisch analysiert werden; jedenfalls ist das Unrecht in dem Sinne der Schuld vorgelagert, daß Schuld sich auf Unrecht bezieht; es müssen also die Unrechtsstrukturen, was Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß betrifft, schon geklärt sein, bevor nach ihrer Bedeutung für die Schuld gefragt wird. Wenn man glaubt, nur eine bestimmte Struktur der Schuld führe zu richtiger Strafrechtsanwendung, dann muß dies durch entsprechendes Verständnis der Schuldmerkmale ermöglicht werden und nicht durch unlogisches Zurichten der Merkmale im Bereiche des Unrechts.

Damit sind die wesentlichen Gründe und Ursachen aufgezeigt, die sich dem Bemühen um einen Begriff der Rechtfertigung im wissenschaftlichen Gespräch der Gegenwart entgegenstellen. Ich glaube dargetan zu haben, daß dieses Bemühen gleichwohl zum Ziele eines einheitlichen Begriffs der Rechtfertigung zu führen ist.

3. Ausblick auf Folgerungen

Es ist oben beispielhaft die aktuelle Frage erwähnt worden, wie es sich mit der Rechtsnatur der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB verhalte. Ist nun mit dem Begriff der Rechtfertigung

³¹ *Jakobs*, wie Anm. 18, S. 286 f. Ähnlich *Jescheck*, wie Anm. 7, S. 260; *Maurach/Zipf*, wie Anm. 7, S. 328.

³² Dies ist wohl der leitende Gesichtspunkt für die Lehre vom „Gesamt-Unrechtstatbestand“, über den z. B. *Rudolphi* in SK StGB vor § 1, Rdn. 37, sagt: „Zweite Voraussetzung für das Vorliegen tatbestandlichen Unrechts ist das Nichteingreifen eines Rechtfertigungsgrundes.“ Die Folgerungen für die Irrtumslehre werden denn auch sogleich a. a. O. angedeutet, wobei dann allerdings zu § 16, Rdn. 10, doch auch von einem „Rechtfertigungstatbestand“ gesprochen wird. Jedenfalls erweckt auch diese Lehre den unrichtigen Eindruck, der Unwert des Unrechts *entstehe* erst aus dem Fehlen der Rechtfertigung.

auch schon die Antwort gegeben, ob es sich hier um Rechtfertigungs- oder um Entschuldigungsgründe oder worum sonst es sich handelt? Nein – diese Antwort ist damit noch nicht gegeben, aber sie muß sich mit Hilfe des Begriffs finden lassen. Im folgenden kann sie freilich nur angedeutet werden.

Es ist zunächst zu sagen, daß unsere Frage sich auf die *Handlung* des Schwangerschaftsabbruchs bezieht und nicht etwa auf ein Unterlassen. Rechtfertigung wäre demnach dann gegeben, wenn durch das Handeln ein Wert beachtet wird, dem im Rahmen unserer Rechtsordnung in der konkreten Situation der Vorrang gegenüber dem verletzten Wert zukommt. Das ist dem Begriffe nach leicht gesagt und doch im Zutreffen auf die uns nun interessierende Vorschrift nicht leicht dargetan. Denn diese Vorschrift ist in besonderem Maße Ausdruck des Zeitgeistes; wie sie vor einigen Jahrzehnten (trotz aller Angriffe auf das Abtreibungsverbot) undenkbar war, so könnte sie in einigen Jahrzehnten auch wieder einer anderen Regelung gewichen sein. Aber so, wie sie sich derzeit in unserer Rechtsordnung findet, ist sie in das Gesamtverständnis unseres staatlichen Strafens einbezogen und muß letztlich als Niederschlag eines demokratisch legitimierten Gesamtwillens gesehen werden. Wer diese Regelung aus dem Blickwinkel seiner eigenen Moral ablehnt, dessen Wertung wird freilich im Rahmen der Straftatanalyse keine Kategorie finden, in der die Regelung dann doch als sachgerecht behandelt werden könnte³³: Selbst wenn sich im Hinblick auf die Strafrechtsordnung irgendwo ein rechtsfreier Raum annehmen ließe, kann er doch hier jedenfalls nicht gefunden werden, da die Grenze der Strafbarkeit innerhalb der geregelten Materie liegt und demnach in der Ausklammerung eines Bereichs doch ein Teil der Rechtsordnung selbst gefunden werden müßte. Und wenn man annehmen wollte, es würde an Strafwürdigkeitsvoraussetzungen außerhalb von Unrecht und Schuld fehlen, also ähnlichen, die wir etwa als objektive Strafbarkeitsbedingungen anerkennen, dann müßte doch auch die staatliche Reaktion gegenüber den rechtswidrig und schuldhaft handelnden Medizinalpersonen als zulässig, wenn nicht als geboten angesehen werden (wie etwa auch ein Berauschter zurückgehalten werden darf, wenn er in gefährdender Weise auch nur als Fußgänger am Straßenverkehr teilzunehmen beginnt). Und wenn man in den Indikationen, soweit es nicht um die klassische medizinische geht, bloße Entschuldigungsgründe sehen wollte, dann müßte das rechtswidrige und im übrigen schuldhafte Abtötungsverhalten der Ärzte und sonstigen Medizinalpersonen in der Weise als moralisch verständlich

³³ Vgl. zu den folgenden Gesichtspunkten die komprimierte Darstellung des Gesprächsstandes bei *Lackner*, StGB, wie Anm. 7, § 218 a, Anm. 1 a.

³⁴ *Lackner*, wie zuvor.

erscheinen, daß im Verzicht auf Strafe Rücksicht genommen wird auf ein persönliches Betroffensein des Täters, sei es auf die persönliche Nähe zu einem zu rettenden Menschen, sei es auf die Singularität einer Gewissensentscheidung in schwer lösbarem Konflikt.

Da unter allen diesen Aspekten die gesetzliche Regelung nicht in unserer Rechtsordnung unterzubringen ist, bleibt nur noch nach der Rechtfertigung zu fragen, – und sie ist aus der Wertung des Gesetzgebers heraus zu bejahen: offenbar hat er der Freiheit der Schwangeren, über das Aushalten der Schwangerschaft selbst entscheiden zu können (insoweit ist ja immer ihre „Einwilligung“ vorausgesetzt), unter gewissen Voraussetzungen den Vorrang vor dem Weiterleben des in ihrem Leib heranwachsenden Menschen eingeräumt. Er hat die aus den kollidierenden Rechtsgütern erwachsenden Achtungsansprüche in ihrer Dringlichkeit gegeneinander abgewogen und hat einen begrenzten Vorrang des einen vor dem anderen akzeptiert. Man wird nicht sagen können, daß diese gesetzgeberische Entscheidung nicht vertretbar wäre.

So kann zum Schluß *Karl Lackner* zu diesem Punkt nur zugestimmt werden, wenn er sagt: „Bei Verneinung der Rechtmäßigkeit des indizierten Schwangerschaftsabbruchs wäre die Gesamtregelung der §§ 218–219 in hohem Maße innerlich widersprüchlich.“ „Solche Widersprüche sind für ein Normensystem, das dem Rechtsstaat verpflichtet ist, nicht akzeptabel. Es gibt deshalb nur die Alternative: Entweder sind die Indikationen im Rahmen des geltenden Systems Rechtfertigungsgründe oder sie sind (ganz oder teilweise) verfassungswidrig“.

Sehen wir das Problem *vom Begriff der Rechtfertigung her*, so handelt es sich um Rechtfertigungsgründe.

Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB

THEODOR LENCKNER

I.

Sowohl beim rechtfertigenden (§ 34) als auch beim entschuldigenden Notstand (§ 35) kennzeichnet das Gesetz die den Notstand begründende Gefahr u. a. damit, daß diese für das bedrohte Gut „nicht anders abwendbar“ sein darf.

Nur von systematischer Bedeutung ist dabei die Frage, ob die Nicht-anders-Abwendbarkeit neben der Gegenwärtigkeit der Gefahr zur Notstandslage gehört oder ob sie erst die Notstandshandlung betrifft, eine Notstandslage also bereits mit dem Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr für ein Rechtsgut – im Falle des § 35 für Leben, Leib oder Freiheit des Täters oder einer der dort genannten Sympathiepersonen – gegeben ist¹. Richtigerweise verbergen sich hinter der „verschachtelten Gesetzesformulierung“² jedoch Elemente sowohl der Notstandslage als auch der Notstandshandlung. Schon nach allgemeinem Sprachgebrauch ist eine Gefahr, der man sich mühelos entziehen oder sonst ohne weiteres begegnen kann (z. B. durch Aufsuchen eines Arztes) noch kein „Notstand“ oder eine „Notstandslage“. Wenn hier gelegentlich darauf hingewiesen wird, daß auch eine Notwehrlage (§ 32) nicht mehr als einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraussetze³, so wird dabei die entscheidende Besonderheit der Notwehr gegenüber dem Notstand übersehen: Die Notwehrlage in Gestalt eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs trägt den vom Recht zu entscheidenden Konflikt bereits in sich, zwar nicht notwendig einen solchen mit den Rechtsgütern des Angegriffenen – dann nämlich nicht, wenn dieser dem Angriff ausweichen kann –, wohl aber kollidieren hier in jedem Fall die Güter des Angreifers mit dem Rechtsbewährungsinteresse der Allgemeinheit („Recht braucht Unrecht nicht zu weichen“). Anders ist dies beim Notstand, wo dieser bei der Notwehr immer zu einem Interessenkon-

¹ Zum Meinungsstand vgl. *Hirsch*, in: *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1985, § 34 Rdn. 21.

² *Hirsch*, in: *LK a. a. O.* (Fn. 1).

³ So *Hirsch*, in: *LK a. a. O.* (Fn. 1).

flikt führende sozialrechtliche Aspekt fehlt. Zu einer Kollision von Interessen – und nur unter dieser Voraussetzung kann zwischen Notstands- und Notwehrlage eine Parallele gezogen werden – kommt es hier vielmehr erst, wenn sich die Situation über das Bestehen einer Gefahr hinaus in der Weise zuspitzt, daß das bedrohte Gut entweder abgeschrieben oder zu seiner Rettung ein anderes Gut geopfert werden muß. Daß die Gefahr nur durch Verletzung anderer rechtlich geschützter Interessen abgewendet werden kann, kennzeichnet deshalb bereits die Notstandslage⁴. Auch mit der gesetzlichen Formulierung, daß die Gefahr „nicht anders abwendbar“ sein dürfe, wird dies implizit vorausgesetzt, weshalb sie sich insoweit schon auf die Notstandslage bezieht. Enthalten ist darin aber noch eine weitere Aussage, die von der allgemeinen Notstandslage zur konkreten Kollisionsbeziehung führt: Muß die Tat in einer anders (!) nicht zu beseitigenden Gefahr begangen sein, so heißt dies zugleich, daß sie von der Art sein muß, daß gerade sie und nur sie die Gefahr für das „Erhaltungsgut“⁵ beseitigen kann. Da hiermit bestimmte Anforderungen an die Notstandshandlung gestellt werden, betrifft das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit daher auch diese.

Hier wird dann allerdings auch ein Versehen des Gesetzgebers offenbar. Die Fassung der §§ 34, 35 ist ebenso mißverständlich⁶ wie die in der früheren Rechtsprechung z. T. anzutreffende Wendung, daß die Tat das „einzige Mittel“ zur Abwendung der Gefahr gewesen sein müsse⁷, weil sie nur für solche Fälle paßt, in denen der Täter lediglich die Wahl hat, entweder den Dingen ihren Lauf zu lassen und die Gefahr hinzunehmen oder – tertium non datur – diese gerade dadurch abzuwenden, daß er die fragliche Tat begeht. Nicht erfaßt sind mit dem Merkmal „nicht anders abwendbar“ dagegen die Situationen, in denen dem Täter zur Rettung des bedrohten Guts auch noch andere Möglichkeiten offen gestanden hätten. Im Gegenteil: Nach ihrem Wortlaut wären die §§ 34, 35 hier von vornherein obsolet, weil dem Täter, was immer er tun mag, jeweils entgegengehalten werden könnte, daß die Gefahr auch auf andere Weise abwendbar sei. Was in der Sache mit der verunglückten Gesetzesfassung gemeint ist, ist allerdings klar und ergibt sich aus dem Grundgedanken

⁴ So z. B. *Jescheck*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1978, S. 283; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, Bd. 1, 6. Aufl. 1983, S. 357.

⁵ Zur Terminologie „Erhaltungsgut“ und dem ihm gegenüberstehenden „Eingriffsgut“ vgl. *Küper*, JZ 1976, 516.

⁶ Vgl. dazu schon *Stree*, JuS 1973, 463 und zu den §§ 52, 54 a. F. *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932, S. 114 ff.

⁷ So schon in der maßgeblichen Entscheidung zum „übergesetzlichen“ (rechtfertigenden) Notstand RGSt. 61, 242 (254); vgl. ferner z. B. BGHSt. 3, 8 (9), BGH NJW 1951, 769 (770), GA 1956, 382 (383), BayObLG JR 1965, 65 (66) und zu § 34 auch heute noch *Maurach/Zipf*, AT S. 359.