Beiträge zum Strafrecht –
Contributions to Criminal Law

9

Frauke Rostalski (Hrsg.)

Grundlagen und Konzepte des Strafrechts

Zur Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen

Nomos

Beiträge zum Strafrecht –
Contributions to Criminal Law

herausgegeben von

Prof. Dr. Jochen Bung, Universität Hamburg

Prof. Dr. Christoph Burchard,
Goethe-Universität Frankfurt

Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Tübingen

Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität Leipzig

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Tobias Reinbacher,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski, Universität zu Köln

Band 9

Frauke Rostalski (Hrsg.)

Grundlagen und Konzepte des Strafrechts

Zur Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6800-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0903-3 (ePDF)

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort der Herausgeberin

Warum sollen wir heute noch über Grundlagen und Konzepte des Strafrechts nachdenken? Ist die heutige Strafrechtswissenschaft nicht vielmehr gekennzeichnet durch eine Spezialisierung auf Einzelgebiete, die je für sich genommen eine eigene „Dogmatik" aufweisen? Letzteres wurde und wird beispielsweise für das Wirtschaftsstrafrecht angenommen.[1] Und auch die unterschiedlichen Phasen des Bestrafungsvorgangs sollen nach Auffassung einiger Kollegen ganz unterschiedlichen Konzeptionen verschrieben sein. So geht etwa *Tatjana Hörnle* davon aus, dass sich Strafe und Strafzumessung auf unterschiedliche Legitimationsgründe stützen.[2] Dies hat weitreichende Konsequenzen für das jeweilige Regelungsgebiet: Was auf der Ebene der Strafbegründung unzulässig ist, kann auf diese Weise innerhalb der Strafzumessung legitime Bedeutung erlangen. Und auch im Wirtschaftsstrafrecht lassen sich ähnliche Argumentationslinien ausmachen: Wenngleich der auf die Individualstrafbarkeit zugeschnittene Schuldbegriff die Idee einer Verbandsstrafe nicht zulasse, sei dieser im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext durchaus dehnbar.[3] Einer „Strafbarkeit" juristischer Personen steht nichts mehr entgegen, ist erst der Ballast des herkömmlichen Schuldbegriffs abgeworfen, indem eine Grenze gezogen wird zu einem vermeintlich ganz anderen Bereich des Strafrechts, für den eigene Regeln zu gelten haben. Am Ende einer solchen Entwicklung steht unweigerlich ein „Strafrecht der einsamen Inseln", in dem sich vor allem der Spezialist, nicht aber der Generalist zuhause fühlen dürfte.[4]

Ist es dann also ein bloß historisches Interesse, das zum Austausch über unterschiedliche Straftatsysteme veranlasst? Wollen wir lediglich einen Blick in die Vergangenheit werfen, ohne daraus Rückschlüsse für unser heutiges Strafrecht zu ziehen? Die Antwort lautet: Nein. Es kann nicht überzeugen, das Strafrecht in unterschiedliche Regelungsbereiche zu un-

---

1 Vgl. *Rotsch*, ZIS 2007, 260 ff.

2 *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 108 ff.

3 *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 22 (abrufbar unter https://jpstrafrecht.jura.uni-koeln.de/sites/iss_juniorprof/Projekte/Koelner_Entwurf_eines_Verbandssanktionengesetzes__2017.pdf) (Stand: 16.12.2020).

4 S. zu den Gefahren eines solchen Verständnisses von Strafrecht bereits *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 12 ff.

terteilen, für die jeweils ein eigenständiges Grundlagenregime zu gelten habe. Mit einer solchen Annahme gehen vielmehr Gefahren für ein rechtsstaatliches Strafrecht einher, die nicht unterschätzt werden dürfen. Wer meint, jeder Phase des Bestrafungsvorgangs bzw. unterschiedlichen Anwendungsfeldern des Strafrechts abweichende Regeln aufzuerlegen, läuft Gefahr, rechtsstaatliche Errungenschaften aus dem Blick zu verlieren, die gerade im Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates unbedingt gewahrt werden müssen.

Zum Beispiel: Eine Unternehmensstrafe lässt sich durch den Kniff, das Wirtschaftsstrafrecht als vermeintlich eigenständiges Strafrechtsgebiet zu deklarieren, nicht legitimieren. Solange es um Strafe geht, setzt diese voraus, dass dem Einzelnen ein individueller Fehlverhaltensvorwurf unterbreitet wird.[5] Dies wiederum verlangt aber nach der Fähigkeit des Betreffenden, durch eine rechtliche Verhaltensnorm angesprochen zu werden – denn nur dann kann er auch gegen diese verstoßen.[6] Ein Verband erlangt aber durch die bloße rechtliche Fiktion seines Personenstatus nicht die Eigenschaft, Normen bilden und verstehen zu können.[7] Dies gilt nach wie vor allein für seine einzelnen Organe, aus denen er sich zusammensetzt. Mit einem Modell der „Zurechnung" kann hier nicht sinnvoll gearbeitet werden, weil auch die Zurechnung voraussetzt, dass der Adressat des Zugerechneten sämtliche Eigenschaften aufweist, die eine Tatbegehung in eigener Person ermöglichen.[8] Wer durch Zurechnung eine Verbandsstrafe begründen möchte, dreht sich demnach gewissermaßen im Kreis. Solange Strafe einen Vorwurf gegenüber dem Täter enthält, kann daher eine Verbandssanktion niemals Strafe sein. Sicherlich ließe sich der Schuldbegriff auch anders definieren. Wer aber vom Vorwurfscharakter von Strafe abweichen möchte, betreibt nach meinem Verständnis nicht länger Strafrecht, weshalb eine entsprechende Bezeichnung mehr als irreführend ist.

Aus „pragmatischer" Sicht liegt auf der Hand, welcher vermeintliche „Vorteil" mit der Etablierung eines Strafrechts einsamer Inseln einhergeht: Was nach allgemeinen dogmatischen Regeln bislang ausgeschlossen war, kann auf diese Weise scheinbar ermöglicht werden. Wer sich durch bestimmte strafrechtliche Grundsätze eingeengt fühlt, kann es als Befreiung

---

5 *Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 4), S. 19 ff.
6 *Frisch*, GA 2015, 65, 79; *Renzikowski*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115, 135.
7 *Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 4), S. 407 ff.
8 *Frisch*, Wolter-FS 2013, S. 349, 354 ff.

empfinden, durch Grenzziehungen einem neuen Regelregime Tür und Tor zu öffnen.[9]

Umgekehrt ist klar, welche grundlegende Idee hinter einem allgemeinen, umfassenden Entwurf des Strafrechtssystems steht. Hierbei geht es um nicht weniger als die Etablierung von rechtsstaatlichen Regeln, die einen bestmöglichen Umgang mit den an dem Vorgang der Bestrafung in sämtlichen Phasen Beteiligten gewährleisten sollen. Als normatives Konstrukt ist das Recht – anders als die Naturwissenschaften – ein Produkt unserer geistigen Schaffenskraft.[10] Wir selbst entscheiden, wie das Recht aussehen soll, dem wir uns als Gesellschaftsmitglieder unterwerfen. Der Schuldbegriff etwa ließe sich prinzipiell sowohl in einer Weise definieren, die auf die Fähigkeit des Einzelnen zum Andershandeln abstellt, als auch als verwerfliche Gesinnung des Täters. Es fragt sich dann allerdings, welches von beiden das bessere Konzept ist. In einem freiheitlichen Rechtsstaat fällt jedenfalls für mich die Entscheidung für das erstgenannte nicht schwer.[11]

Weil es für das Strafrecht also ganz unterschiedliche Möglichkeiten gibt, wie es in seinen Grundlinien gezeichnet werden kann, ergibt es einen guten Sinn, die Frage aufzuwerfen, welche davon nun die beste ist. Sich hierüber eine Meinung zu bilden, setzt in erster Linie voraus, die Unterschiede zu kennen. Das Strafrecht ist in seiner heutigen Gestalt gekennzeichnet durch die Einflüsse einer Vielzahl an Vorstellungen darüber, wie es am besten verfasst sein sollte. Dabei ist zu beobachten, dass die Diskussion über die Richtigkeit des einen oder anderen Strafrechtsentwurfs häufig allein anhand von Einzelphänomenen erfolgt. Etwa streitet die Strafrechtswissenschaft über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Gleichsetzung von Rechts- und Tatfahrlässigkeit. Viel zu selten werden dabei indessen die Grundideen offengelegt, auf die diese Diskussion im Kern zurückgeht. Auf diese Weise entgeht uns aber eine entscheidende Dimension des jeweiligen Streits, die viel weiterreichende Konsequenzen aufweist, als die Entscheidung über das Einzelphänomen. Bildlich gesprochen behandeln wir viel zu häufig lediglich Symptome, anstatt an der Ursache eines rechtlichen Problems anzusetzen.

Es ist allerdings gar nicht so einfach, herauszufinden, auf welche Grundideen die verschiedenen Symptombehandlungen zurückgehen, die wir in

---

9 S. zu diesem Befund im Hinblick auf den Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes *Rostalski*, NJW 2020, 2087 ff.

10 *Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 4), S. 7.

11 S. zum Ganzen bereits *Timm*, Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012.

der heutigen Strafrechtswissenschaft vornehmlich in den Blick nehmen. Zu diesem Zweck erscheint es als besonders sinnvoll, wahre Experten auf dem Gebiet der Grundlagenforschung an einem Tisch zu vereinen, um sich gemeinsam folgende Fragen zu stellen: Welches sind die Grundkonzepte des Strafrechts, wie es sich uns heute präsentiert? Worin liegen die Vorzüge und Nachteile der unterschiedlichen Modelle? Inwieweit ist es wünschenswert, dass das eine oder andere Konzept unser Strafrechtssystem noch heute maßgeblich beeinflusst?

Die in diesem Band dokumentierte Tagung erfolgte daher mit der Zielsetzung, den Blick freizulegen für die eigentlichen Weichenstellungen, die unser Strafrecht in die eine oder andere Richtung verlaufen lassen. Die in dem Band versammelten Texte der Autoren können Einblicke schenken, die für das Verständnis des Strafrechts, wie es ist – und wie es vielleicht *sein sollte* –, entscheidend sein können. Ein Strafrecht einsamer Inseln erscheint mir als Gefahr für ein rechtsstaatliches Strafen, die es abzuwenden gilt. Um das Gemeinsame zu erkennen und ihm in den verschiedenen Anwendungsbereichen und Phasen der Bestrafung Geltung zu verleihen, muss der Blick des Strafrechtswissenschaftlers allerdings weit genug reichen.

Frauke Rostalski Köln, September 2021

Inhalt

Freiheit als systembildendes Prinzip des Rechts bei Michael Köhler 11
Rainer Zaczyk
Diskussion zum Vortrag von Zaczyk über Köhler

Das Straftatsystem in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* 39
Jochen Bung
Diskussion zum Vortrag von Bung über Hegel

Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907) 57
Thomas Weigend
Diskussion zum Vortrag von Weigend über Frank

Zur Tatbestandslehre Ernst Belings. Versuch einer Rekonstruktion 85
Urs Kindhäuser
Diskussion zum Vortrag von Kindhäuser über Beling

Das v. Lisztsche Straftatsystem: Inhalt, Erfolgsgeschichte und Potentiale 111
Wolfgang Frisch
Diskussion zum Vortrag von Frisch über v. Liszt

Der strafrechtliche Handlungsbegriff bei Gustav Radbruch 153
Armin Engländer
Diskussion zum Vortrag von Engländer über Radbruch

Tun und Unterlassen im Strafrecht 175
Georg Freund
Diskussion zum Vortrag von Freund über Jakobs

William Blackstone's *Commentaries on the Law of England*, Band 4:
Ein Grundlagentext des amerikanischen Straftatsystems? 209
Carsten Momsen
Diskussion zum Vortrag von Momsen über Blackstone

Verzeichnis der Referenten und Diskutanten 251

Freiheit als systembildendes Prinzip des Rechts bei Michael Köhler

Rainer Zaczyk

Vorbemerkung

Gegenstand und Ausgangspunkt des folgenden Textes in seiner ursprünglichen Fassung war ein Aufsatz von *Michael Köhler* mit dem Titel „Der Begriff der Zurechnung", erschienen 1999 in der Festschrift für *Hans Joachim Hirsch* (S. 65–81).[1] Nach der Ausrichtung der Veranstaltung („Grundlagen und Konzepte des Strafrechts") sollte auf diese Weise ein Beispiel für die jeweilige Systemkonzeption geboten werden. Der Text war vom Verfasser nicht für eine Publikation bestimmt; er sollte lediglich das leisten, was man neuerdings als „Impulsreferat" bezeichnet, mithin den Anstoß für eine Diskussion geben. So veröffentlicht hätte er aber nicht den Blick auf die Straftatlehre *Köhlers* insgesamt ermöglicht, wäre vielmehr den unterschiedlichen „Impulsen" ausgeliefert gewesen, die eine Diskussion so mit sich bringt. Um dies zu vermeiden, musste das systematische Anliegen in der schriftlichen Version des Textes genauer zum Ausdruck kommen. Dass dabei im Hintergrund immer auch *Köhlers* Lehrbuch des Allgemeinen Teils (1997) herangezogen werden kann und herangezogen wurde, versteht sich von selbst.

I. Der Rechtsbegriff der Zurechnung

1. Die Überschrift von *Köhlers* Aufsatz lässt – ganz vordergründig interpretiert – erwarten, dass hier ein genuin *strafrechtliches* Thema mit den Kategorien des Strafrechts behandelt werden wird; es wäre weiter zu entfalten etwa in die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Zurechnung im Zusammenhang der Tatbestandslehre. Würde man hierbei stehenbleiben, würde man schon im Ansatz das Gesamtanliegen *Köhlers* verfehlen. Vielmehr geht es um eine Herausarbeitung des *Rechtsbegriffs* der Zurechnung,

1 Alle folgenden Zitate ohne weitere Angaben beziehen sich auf diesen Aufsatz.

die nicht etwa erst im Teilbereich des Strafrechts Bedeutung besitzt, sondern von prinzipiell rechtsbegründender Kraft ist. Das kommt schon in den ersten Sätzen des Textes zum Ausdruck (S. 65): Es solle „das begreifend-handelnde Subjekt wieder überhaupt für den rechtsnormativen Zusammenhang (...) konstitutiv mitanzusetzen" sein. Das „begreifend-handelnde Subjekt" kommt hier also keineswegs bloß als „Straftäter" in den Blick, der dann sogleich Teil einer „Gegenwelt" wird, die es zu „bekämpfen" gilt (S. 65). Das Subjekt ist vielmehr im vollen Sinn als Rechtsperson zu betrachten, so dass erst im zweiten Schritt gefragt werden kann, wie seine Subjektivität mit einer Straftat in Verbindung gebracht werden kann. Der Begriff der Zurechnung hat damit zwei jeweils subjektive/objektive Begründungsebenen: Zum einen eine fundamentale, das Recht selbst gründende Einheit von Rechtsperson und Recht; zum zweiten eine davon abgeleitete Verantwortlichkeit eines Subjekts (Täters) für ein von ihm verwirklichtes Unrecht.[2]

Die Verdeutlichung dieses Zusammenhangs ist so wesentlich für alles Weitere, dass er hier noch einmal auf andere Weise anschaulich gemacht werden soll. Das lässt sich leisten mit der Konfrontation der Lehrbücher des Allgemeinen Teils des StGB von *Köhler* (1997) und *Jakobs* (2. Aufl. 1993). *Jakobs* beginnt sein Werk mit einem ersten Buch „Die Grundlagen" und dem unmittelbar auf der gleichen Seite folgenden ersten Kapitel „Das staatliche Strafen". Von dieser Basis aus werden dann die Grundlagen des Strafrechts entwickelt. *Köhler* legt das Fundament tiefer. Bei ihm trägt das erste Kapitel die Überschrift „Recht, Unrecht, Verbrechen, Strafrecht". Und konsequent lautet der erste Abschnitt „Das Recht". Der Ansatz und der Unterschied beider Konzeptionen sind offenkundig. Stellt man sich ihn nicht klar vor Augen, verstellt man sich von Anfang an die Erkenntnis der Möglichkeit, das ganze Projekt einer Rechtsbegründung aus Freiheit zu überblicken.

2. a) Der Grundgedanke der Zurechnung nach dem freiheitsgesetzlichen Rechtsprinzip besteht darin, dass in ihm die subjektive und die objektive Seite eines Geschehens (im Strafrecht: eines Erfolges) nicht etwa abgeschieden voneinander, als grundlegend kategorial getrennt begriffen wird. Vielmehr muss eine Verschränkung beider Seiten stattfinden, deren

---

2 *Köhler* stützt sich bei seinem gedanklichen Vorgehen auf Grundsatzschriften von *E. A. Wolff*. Kausalität von Tun und Unterlassen (1965); Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786 ff.; Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: W. Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 137 ff.

Ergebnis „eine Symbiose von subjektiver und objektiver Seite" ist.[3] Nur ein wirklich äußeres Ereignis (keine bloß subjektive Einbildung) kann zugerechnet werden und zwar deshalb, weil im Werk der Wille gegenständlich (objektiv) werden muss. Und nur dann ist dies der Fall, wenn das äußerlich Existierende getragen wird von einer subjektiven Begründung (Bejahung) dieses äußeren Ereignisses.

b) *Köhler* illustriert diese Ausführungen durch einen geistesgeschichtlichen Abriss. Schon Aristoteles sei zur Einsicht gelangt, dass nur freies Handeln Grundlage von Lob und Tadel sein kann. Allerdings – das wendet *Köhler* ein – ist in dieser Konzeption der freie Wille insoweit unterbestimmt, als er nicht auf voller Selbständigkeit gründet, die auch die Ordnung selbst mit konstituiert; diese ist vielmehr vorgegeben (S. 66). Anders bei Hobbes. Dessen Ansatz wird von *Köhler* als „Zurechnung in der empirischen Teleologie" umschrieben: Die Zurechnung wird hier aus der Perspektive der Gesellschaft betrachtet und hat einen Zweck (Telos); da die Gesellschaft als instabil verstanden wird, muss sie Stabilität gewinnen – und zwar durch Zwang. Die Selbständigkeit wird hier gewissermaßen von ihrer negativen Seite her in die Begründung einbezogen.

c) Das freiheitsgesetzliche Rechtsprinzip wird dann unter der Überschrift „Zurechnung nach dem freiheitlichen Rechtsbegriff" erreicht (S. 67–69). In *Köhlers* Worten: „Praktische Objektivität, insbesondere die Rechtsordnung legitimiert sich neu durch die vernünftige Selbstbestimmung in Gemeinschaft (...). Freies Handeln bestimmt sich als Akt der Anwendung einer begriffenen Regel, eines allgemein gültigen Gesetzes. Für dessen Objektivität ist die Vernunft des Subjekts der Idee nach mitkonstitutiv" (S. 67).

II. Die Zurechnung von Unrecht

1. An dieser Stelle des Aufsatzes erweitert *Köhler* die Betrachtung um die Gegenstände Unrecht und Verbrechen. Dies ist schon rein begrifflich betrachtet konsequent, denn ohne Recht kann es kein Unrecht und ohne Unrecht kann es keine Strafe geben. Das Unrecht (Verbrechen)[4] hat nach dem Gesagten eine objektiv-subjektiv vermittelte Struktur: Es ist einerseits objektiv insofern, als es eine „im äußeren Rechtsverhältnis notwendiger-

---

3 So die Formulierung bei *Hirsch*, ZStW 94 (1982), S. 250; bei *Köhler*, S. 76 Fn. 33. S. auch *Hettinger*, FS für Thomas Fischer, 2018, S. 216 ff. (234 ff.).

4 Beide Begriffe sollen zunächst als identisch behandelt werden.

weise (...) objektiv-äußere Verletzung rechtlicher Freiheit, Unrecht" ist (S. 68). Eine bloß subjektive Unrechtslehre (wie sie etwa in der Dogmatik des untauglichen Versuchs vertreten wird) ist damit schon im Ansatz verfehlt. Aber der äußeren Seite in relativer (!) Selbständigkeit steht die subjektive Zurechnung der Tat gegenüber und hier ergibt sich: Wenn es so ist, dass das Recht und die Rechtsordnung auch auf einer subjektiven Leistung der Einzelnen beruht, dann muss die Verfehlung dieser Leistung im Verbrechen als Negation enthalten sein. So ergibt sich dann: „Das Verbrechen ist in gleicher Weise objektiver und subjektiver Bruch des Rechtsverhältnisses", das näherhin als „Anerkennungsverhältnis" gekennzeichnet wird (S. 68 und S. 73 unten). Die Einheit des Zurechnungsurteils ist erst dann begründet, wenn die relative Selbständigkeit von objektiver und subjektiver Zurechnung im Zurechnungsurteil hergestellt ist.

2. Im Aufsatz folgt nun eine kritische Darstellung des gegenwärtigen Standes der *subjektiven* Zurechnung. Die Konzentration auf die subjektive Seite bezieht ihre Berechtigung daraus, dass gerade hier die Begründung einer stabilen freiheitlichen Konzeption besondere Schwierigkeiten bereitet, was am Rechtsbegriff der Freiheit selbst liegt. – *Köhlers* kritische Darstellung des Problems ist nur auf den ersten Blick rein historisch orientiert. *Inhaltlich* zeigt sich aber, dass diese Positionen keineswegs obsolet sind, sondern – mannigfaltig verwoben miteinander – hochaktuelle Seiten aufweisen.

3. a) Der Positivismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts (*v. Liszt*, *Frank*) konnte aus eigener theoretischer Kraft die subjektive Zurechnung nur als psychische Beziehungen zwischen dem Täter und der objektiven Verletzung begreifen; von der Freiheit war hier nicht die Rede. Für das Unrecht musste die äußere Verletzung jedoch entscheidend sein, denn nur hier fand man „Empirie", wenn auch nicht immer ganz konsequent.[5] Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden sich also nur der Schuld nach, nicht in der Verschiedenheit ihres Unrechtsgehalts. *Köhler* dazu: „Wie konventionell – äußerlich und reflexionlos schließlich die ‚Schuldformen' Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichsam mitgeschleppt werden, weil das Gesetz es befiehlt, ist erstaunlich" (S. 69). Die subjektive Seite der Tat wird ein Anhängsel, ein Gefährlichkeitsmerkmal des Handelns neben anderen. Letztlich führt dann das fahrlässig begangene Unrecht – in Verbindung mit

5 Siehe dazu die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen bei *Mezger*, GerS 89 (1924), 207.

einer generalpräventiven Begründung der Strafe – konsequent zu einem Maßnahmerecht zwecks Schadensverhütung – das Strafrecht wird maßlos.[6]

b) Angesichts dieser naturwissenschaftlich-reduzierten Auffassung von Unrecht und Schuld war die wertbeziehende Lehre des Finalismus ein wirklicher Fortschritt. Handlung und Erfolg bildeten keinen Mechanismus, in dem beide durch einen dürren Kausalstrang miteinander verbunden waren. Eine Wertwelt war zu verwirklichen (*Köhler* nennt das die „Wertteleologie"), der Widerspruch gegen sie war das Unrecht. So konnte – immerhin – der Vorsatz zum Merkmal des Unrechttatbestandes werden. Doch litt die subjektive Zurechnung an einem Begründungsdefizit, das die Autonomie (Selbstgesetzgebung) dieser Zurechnung betraf: Sie blieb einer objektiven Wertlehre verhaftet. Dem Handelnden gegenüber stand eine Welt der Werte, an deren Bestand und Inhalt der Handelnde gar nicht beteiligt war. „Der Wille des Täters ist in dieser Sicht bloß Objekt der Wertung" (S. 70). Das führt zu einem Widerspruch: Einerseits, im Vorsatz, bedeutet der Wille einen „wirklichen subjektiven Geltungsvollzug" (S. 70); andererseits, in der Schuld, lässt man die bloße *Möglichkeit* zur Einsicht in das Unrecht („Vermeidbarkeit", „Vorwerfbarkeit") genügen. Die Anerkennung der Subjektivität wird behauptet, nicht vollzogen. „Mit wirklichem Verschulden – subjektiver Zurechnung strengen Sinnes – haben diese Bestimmungen jedoch nichts zu tun" (S. 70).

c) So ist dann auch *Köhlers* Diagnose richtig, wonach der Schritt von der Wertteleologie zum Funktionalismus „nicht weit" ist (S. 71). Denn hatte schon die Wertlehre an einer fundamentalen Distanz zwischen Subjekt und Wert gelitten, löst der Funktionalismus auch nun noch jeden Inhalt auf und reduziert das Strafrecht auf eine Entfaltungsbedingung einer wie auch immer verfassten Ordnung (Gesellschaft). Aus Zurechnung wird Zuschreibung, Schuld wird äußerliche Etikettierung, das Subjekt als Täter verschwindet hinter einer Konstruktion der Person, die aus Zuschreibungen entsteht. Das Ergebnis: „Die objektive Abweichung als solche, die zur ‚Rechtsblindheit' stilisierte Fahrlässigkeit wird zur Grundform des ‚Verbrechens'."[7] Die bloße Verdoppelung des Unrechts kann ersichtlich nicht Schuld erzeugen; das ersatzweise gebildete Merkmal der Rechtsuntreue gegenüber legitimen Normen kann als Schuldbegründung nicht ausreichen: Weder wird klar, woraus sich nun eigentlich die Legitimität der Normen

---

6 In der gegenwärtig aufkommenden Lehre, wonach die Fahrlässigkeit kein qualitatives aliud gegenüber dem Vorsatz sei (s. die Darstellung bei Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 3), lebt die Reduktion fort.

7 S. 72; aus neuerer Zeit *Jakobs*, „System der strafrechtlichen Zurechnung", 2012, S. 57–59.

ergibt, noch wird klar, welches mehr bürgerlich-ritterliche Element die Rechtsuntreue darstellt. Zu dieser Überblendung von Fahrlässigkeit und Vorsatz aus der Sicht eines Angeklagten schreibt *Köhler* zu Recht: „Gegen diese Unterstellung wird jede Verteidigung aussichtslos" (S. 72).

4. *Köhler* deutet es in der Überschrift des Abschnitts „Die Wiederaufnahme des Zurechnungsbegriffs" (S. 72) schon an: Ein leerer Funktionalismus kann nicht am Ende der Bemühungen um einen substantiellen Schuldbegriff stehen, der sich – zum Beispiel – mit einer personalen Unrechtslehre als (relativ) selbständiges Merkmal verbinden ließe. *Köhler* ruft *Hans Joachim Hirsch*, *Arthur Kaufmann* und *Eberhard Schmidhäuser* als Zeugen dafür auf, dass in der Wissenschaft durchaus weiterhin Positionen vertreten werden, die an einem solchen Schuldbegriff festhalten. *Köhlers* gleichwohl bleibende Kritik an ihnen speist sich vor allem daraus, dass sie in ihrer inhaltlichen Ausrichtung noch an ein von außen gegebenes objektives Wertsystem gebunden waren; damit ist der letzte Schritt zur Schuld als wirklich konstitutivem subjektivem Merkmal einer Tat noch nicht getan. Geleistet worden in der Wissenschaft wurde er aber: „Eine Theorielinie, die von *E. A. Wolff* angeregt ist, gründet dem gegenüber das Strafrecht und alle seine Begriffe auf das Prinzip des freiheitlichen Rechts im Ausgang von Kants Rechtsphilosophie" (S. 73). Danach bestimmt sich das Verbrechen (um an oben Gesagtes anzuknüpfen) als ein von anderen Rechtsverletzungen (z. B. in Zivil- oder Verwaltungsrecht) grundsätzlich unterschiedener Bruch des rechtskonstitutiven Anerkennungsverhältnisses – die Verletzung des „Rechts als Recht" (Hegel) (S. 73 unten).

Zur Bestimmung der hier bedeutsamen Begriffe ist es zunächst erforderlich, dass äußerlich (objektiv) ein Rechtsbruch wirklich geschieht (und nicht nur etwa als „Expression" zum Ausdruck kommt).[8] Für die subjektive Zurechnung aber (sei es im Unrecht, sei es als Schuld) ist dann ein komplexerer gedanklicher Verwirklichungs- und Verschuldensprozess erforderlich. Der Täter muss bei der Verneinung einer konkreten Rechtsregel (Leben, körperliche Integrität, Freiheit etc.) sie als einerseits für sich gültig begreifen, sie aber dennoch brechen. Da er aber gedanklich Mitkonstituent der Rechtsregel ist, kommt es zu einer Geltungsnegation: „Das Verbrechen ist handelnde Geltungsnegation von subjektiv-objektivem Allgemeinheitsanspruch" (S. 74). Zum Verbrechen gehört also nicht nur die äußere Verwirklichung, sondern ungetrennt davon (integral) der Wille als subjektive

8 Musterbeispiel: die sog. Eindruckstheorie beim Versuch. Krit. dazu *Verf.*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 21 ff.

Zurechnung dieses Geschehens. Wille und Wirklichkeit bilden im Verbrechen eine Einheit.

III. Drei Problemfelder

An drei Problemfeldern zeigt *Köhler* die kritische Potenz eines freiheitsgesetzlich begründeten Begriffs der Zurechnung im Strafrecht.

1. Das erste Feld wird gebildet durch den Begriff des Vorsatzes, näher durch die Frage, ob das Unrechtsbewusstsein Teil des Vorsatzes ist. Hier lebt die herrschende Meinung, orientiert an § 17 StGB, mit einem Widerspruch. Einerseits soll nach dem Grundsatz des § 17 StGB der Verbotsirrtum prinzipiell straflos sein, so dass für die Annahme des Vorsatzes ein aktueller Unrechtswille vorausgesetzt wird. Zum anderen aber soll es gleichwohl „vermeidbare" Fälle dieses Irrtums geben, indem Strafbarkeit ohne solches Bewusstsein folgen soll.[9] Damit wird aber der Ansatz der subjektiven Zurechnung aufgegeben und es soll der objektivierende Maßstab der „Vermeidbarkeit" die eigentlich fehlende subjektive Verschuldung ersetzen. Vermieden sieht *Köhler* diesen Widerspruch nur in den Fällen, in denen man von „Norm – Leichtsinn" sprechen könnte, da der Handelnde eine sich aufdrängende Notwendigkeit der rechtlichen Klärung übergeht. In allen anderen Fällen aber liegt mangels aktuellen Unrechtsbewusstseins ein Verstoß gegen das Schuldprinzip vor.

b) Von besonderer, theoretischer wie praxisnaher Bedeutung ist die Bestimmung des Vorsatzes in Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit. Als seine eigene Meinung „treffend" zitiert *Köhler* einen Satz von *Hirsch*, dass „jede Handlung eine Symbiose von subjektiver und objektiver Seite, nämlich Willensverwirklichung" ist.[10] Das heißt, dass ein deliktischer Wille nicht schon dann vorhanden ist, wenn der Täter sich einen äußerlichen Sachverhalt verstandesmäßig-intellektuell erschließt; er muss zugleich (und ungetrennt) dieses Ziel auch wollen. Das ist sowohl bei den absichtlich herbeigeführten Folgen als auch bei den als gewiss erkannten und eingetretenen Nebenfolgen der Fall. Das „Es soll so sein" des Vorsatzes wird aber nicht bei einer bloßen Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Folge erreicht; das kann nur Gefahrvorsatz heißen, nicht aber

---

9 Darstellung bei *Lackner/Kühl*, Rn. 1 zu § 17; siehe dazu auch BVerfG 41, 121, bei *Köhler* S. 74/75; Lehrbuch S. 412 f.

10 *Hirsch*, ZStW 94 (1982), S. 250 (bei *Köhler* S. 76). Vertiefte Begründung bei *E. A. Wolff*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, FS Gallas, 1973, 197 ff.; *Köhler*, Die bewusste Fahrlässigkeit (1982), S. 199 ff.

Verletzungsvorsatz. Es ist genau diese Differenz, die den Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmacht. Dabei darf das oft genannte Wort des „Einwilligens", des „billigenden Inkaufnehmens", nicht als eine Art subjektive Beglückung, und damit nur emotional verstanden werden. Es geht um ein handlungspraktisches Urteil, das Handlung und Erfolg durch dieses subjektive Element verbindet. Was unterhalb davon liegt, ist „Leichtsinn". *Köhler* weist ganz zu Recht darauf hin, dass die Rechtsprechung mit ihrer Formel vom billigenden Inkaufnehmen des Erfolgs zumeist zu jedenfalls gut vertretbaren Ergebnissen kommt.[11] Dabei kann – bei festgehaltenem Prinzip – die Gefahr des Erfolgseintritts insoweit relevant werden, als es im konkreten Geschehen um eine Höchstgefahr geht: „Dies sind Fälle nahe der subjektiven Gewissheit, wo allenfalls die Hoffnung auf den Zufall (...) übrig bleibt." (S. 78). Sehr salopp formuliert: „Da hilft nur noch Beten." Tritt der Erfolg dann ein, ist er vorsätzlich herbeigeführt. Übertragen auf die damals noch nicht aktuellen sog. „Raserfälle" (Beteiligte kommen bei einem spontanen Wettrennen mit Autos zu Schaden) bedeutet das, dass hier grundsätzlich Vorsatz zu bejahen sein wird.[12]

2. Der zweite Punkt betrifft die Frage, ob jede Erscheinungsform der Fahrlässigkeit strafbares Unrecht (Verbrechen) darstellt. Die herrschende Meinung, insbesondere auch die Rechtsprechung, bejaht das.[13] Grundsätzlich strafbar ist also die bewusste und die unbewusste, die schwere und die leichte Fahrlässigkeit. Kritische Überlegungen müssen an zwei Stellen des Problems ansetzen. Es muss zunächst darum gehen, dem Phänomen menschlichen Versagens gerecht zu werden. Ein solches Versagen ist mit der Eingelassenheit des Menschen in die Endlichkeit seines Daseins unmittelbar gegeben und muss auch in die Beurteilung rechtlich relevanten Handelns eingerechnet werden. Das Wort von der Vermeidbarkeit eines Geschehens kann da täuschend wirken, denn vermeidbar ist Vieles. Dass darin aber auch eine rechtlich bedeutsame Norm- und Pflichtverletzung liegt, ist durchaus nicht festgestellt. Hinzu kommt als zweiter Punkt, dass

---

11 Siehe schon die ausführliche Rechtsprechungsanalyse bei *Köhler*, Die bewusste Fahrlässigkeit, 1982, S. 45 ff. (an die „Leitentscheidung" BGHSt 7, 363 ff. anknüpfend).

12 Allerdings sollte in diesen Fällen eine Typenkorrektur erfolgen, denn es handelt sich hier eher um ein Totschlagsunrecht (dazu Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 211 Rn. 10), nicht um Mord. Zu den Fällen *Puppe*, JR 2018, S. 323 ff., 340 ff.

13 *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 53 und 55; NK-*Puppe*, § 15 Rn. 9; siehe ferner die Darstellung bei Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 203, 203 a, 205 mit deutlich kritischer Tendenz. Für eine Abschichtung an der „unteren Grenze" *Freund*, AT, 2. Auflage, S. 163.

die Entwicklung zu einer hochtechnisierten und arbeitsteiligen Welt es mit sich bringt, dass selbst kleinste Fehler schwerwiegende Folgen haben können, man denke an die Folgen eines Reaktorschadens in der Atomindustrie. Das Recht kann daran nicht vorbeigehen. Für eine Bewältigung dieser Fälle steht keineswegs nur das Strafrecht zur Verfügung. Zunächst ist vielmehr nur festzustellen, ob objektiv überhaupt eine Sorgfaltsnormverletzung vorliegt; ist schon das nicht festzustellen, liegt ein Unglück vor. Ist aber die Verletzung einer Sorgfaltsnorm gegeben, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob nicht andere Regelungsbereiche aufgerufen sind, solche Gefährdungen selbst oder ihre Folgen zu kontrollieren (z. B. durch Versicherungen, privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Form, in polizeilicher Gefahrenabwehr); es kann dadurch ausgeschlossen werden, dass die anonymen Strukturen des technischen Systems plötzlich resubjektiviert werden. Erst zum Schluss kann gefragt werden, ob eine bestimmte Normverletzung strafbares Unrecht sein kann. „Verbrechen" ist ein Verhalten nur, wenn in ihm „eine objektiv-subjektive Verletzung des Rechts ‚als Recht'" liegt. Einerseits also ist hier objektiv der Verstoß gegen die Sorgfaltsnorm festzustellen (meist handelt es sich um Sorgfaltsnormen zum Schutz von Leib oder Leben), andererseits aber muss subjektiv das Bewusstsein vorhanden sein, sich einer solchen Schutzpflicht in seinem Verhalten als gefahrsteigernd bewusst zu sein. Der Fahrlässigkeitstatbestand muss „ein praktisches (Geltungs-)Wissen um die als verboten gesetzte Gefahrerhöhung enthalten (bewusste Fahrlässigkeit),[14] dabei verbunden mit der Feststellung, dass nicht sogar Vorsatz vorliegt. Strafbares Verbrechen ist also nur die bewusste Fahrlässigkeit.[15]

3. Das dritte Problemfeld ist nach allem Gesagten das am einfachsten zu Behandelnde; es geht um die Strafbarkeit von Verbänden. Ein Problemfeld ist es nur, weil es immer einmal wieder zum Thema rechtspolitischer Erwägungen gemacht wird, die mit strafrechtlichen Grundsätzen meist nicht viel zu tun haben. Gerade die hier dargestellten Punkte 1 und 2 sollten deutlich gemacht haben, dass Verbände nicht zu einer subjektiv-reflexiven Leistung in der Lage sind, die den Erfordernissen von „Schuld" genügen kann. Eine Strafbarkeit kommt nicht in Frage.

---

14 Lehrbuch, S. 177.

15 In einem Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung (ein Fahrdienstleiter hatte vergessen, dass sich noch ein Wartungszug auf der Strecke [Transrapid] befand), sagte der Vorsitzende Richter bei der Begründung des Urteils (Freiheitsstrafe auf Bewährung und Geldstrafen) gleichsam begütigend zu den Angeklagten: „Sie sind keine Kriminellen". Auch wenn sofort klar ist, was er meinte: dem Strafgesetz entspricht das nicht.

IV. Schluss

Fasst man den Text *Köhlers* zusammen, so leistet er, zumal in Verbindung mit dem Lehrbuch, eine durchgestaltete Darstellung einer freiheitsgesetzlichen Unrechts- und Verbrechenslehre. Dass dabei in dem kurzen Festschriftenaufsatz Begriff und Begründung der Strafe nur am Rand angesprochen werden, ist unerheblich, weil das Lehrbuch vorliegt (dort S. 37 ff.) und die Position *Köhlers* (und anderer)[16] gerade darin besteht, die Strafe auf die Lehre vom Verbrechen zu gründen.

Würde sich die Praxis auf die Lehre *Köhlers* beziehen, hätte das ganz vordergründig betrachtet eine deutliche Entlastung der Strafgerichtsbarkeit zur Folge. Für die Theorie des Verbrechens und der Strafe aber wäre sichergestellt, dass nur schweres verschuldetes Unrecht Rechtsstrafe begründen kann.

16 S. die Zusammenstellung bei *Verf.*, Demokratieprinzip und Strafbegründung, Der Staat 50 (2011), S. 295 ff. (298 Fn. 9).

Diskussion zum Vortrag von Zaczyk über Köhler

Weigend:
Nach *Köhler* beruht Zurechnung darauf, dass der Einzelne die für ihn geltende Rechtsordnung mitkonstituiert. Aber wie funktioniert diese Mitkonstitution in der Wirklichkeit? Es gibt hier zum einen das – auch von *Köhler* diskutierte – technische Problem der Anwendung des Strafrechts auf Auslandssachverhalte bzw. auf Ausländer, die am demokratischen Prozess nicht teilnehmen dürfen. Zum anderen und darüber hinaus stellt sich aber auch die allgemeine Frage, wie weit man überhaupt sagen kann, dass jeder, der einmal in vier Jahren wählt, die Rechtsordnung mitkonstituiert. Wie ist das nach *Köhler* gemeint?

Zaczyk:
Der Gedanke der Mitkonstitution ist ein Schritt gewissermaßen ins Leben des Rechts. Es geht nicht etwa um eine freie Wahl alle vier Jahre, sondern (wie auch der Begriff des Anerkennungsverhältnisses zeigt) um die Art und Weise, wie man miteinander umgeht, die beispielsweise von dem Gedanken geprägt ist, einen anderen nicht zu verletzen – und zwar nicht etwa nur, weil man sonst einer Norm widersprechen würde, sondern vor allen Dingen, weil man sonst die Konstituentien des täglichen Lebens in einer gravierenden Weise verletzten würde.
Deshalb ist das Strafrecht so ein gewichtiges eigenes Regelungsgebiet, das seine eigene Bedeutung gegenüber den anderen Rechtsgebieten hat; es betrifft Fundamentalbeziehungen und stellt deren Verletzung unter eine Reaktion. Das Thema der Strafe kam in dem Aufsatz von *Köhler* nicht vor und erfordert auch noch einmal einen gesonderten Begründungsgang. Worum es bei der hier beschriebenen Fundamentalbeziehung zunächst geht, ist ein Anerkennungsverhältnis, das von den Einzelnen tagtäglich geleistet wird. Die Problempunkte – Ausländerbezug und so weiter – sind gemessen an der Fundamentalbestimmung Dinge, die zu lösen sind.
Es geht also bei der „Mitkonstitution“ nicht darum, alle vier Jahre zu wählen. Die Wahl bezieht sich auf das Staatsganze, das damit gewissermaßen geistig noch einmal repräsentiert wird, das aber ebenfalls seine alltäglichen und in das Leben des Einzelnen hineingreifenden Erscheinungsformen hat, wenn beispielsweise – ganz realistisch – der Gerichtsvollzieher oder der Schließer im Gefängnis kommt.

Bung:
Die Mitkonstitution folgt also aus der Anerkennungsbeziehung?

Zaczyk:
Ja, genau.

Freund:
Ich stimme in dem zentralen Punkt mit *Köhler* überein, dass die Rechtsperson bei der Konstitution des Rechts mitzuwirken hat und dass dies eine ständige Aufgabe ist.
Das ist dann der Anknüpfungspunkt im Strafrecht, wenn der Bürger hinter dieser Leistung, die von ihm zu erwarten war, zurückgeblieben ist. Und besonders gravierend ist es, wenn er dies sehenden Auges tut, wie der Vorsatztäter, der die Rechtsordnung in Frage stellt.
Ich habe in dem Zusammenhang eine Nachfrage: Sie haben den untauglichen Versuch kritisch apostrophiert. Ich verstehe nicht, inwiefern sich nicht auch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs legitimieren lässt, und zwar durch die aufweisbare Fehlleistung bei der Konstitution des Rechts.
Warum soll man dem Betreffenden nicht vorwerfen können, er habe das Anerkennungsverhältnis missachtet? Hier kommt meines Erachtens etwas in das System hinein, das eigentlich systemwidrig ist. Denn diese grobe Missachtung – vorsätzliche willentliche Missachtung – des Anerkennungsverhältnisses habe ich auch in den Fällen des untauglichen Versuchs. Mit Gesinnungsstrafrecht hat das meines Erachtens herzlich wenig zu tun. Ich möchte nachfragen, woher Ihre Bedenken resultieren.

Zaczyk:
Wenn wir fragen, was Unrecht voraussetzt, dann hat es zunächst einmal eine objektive Seite – eine objektive Seite nicht etwa als Kausalfrage verstanden, sondern als eine *objektive Verletzung eines anderen*. Frage: Liegt diese Verletzung im Fall eines untauglichen Versuchs vor? Für *Köhler* gibt es nur den objektiv gefährlichen Versuch – ein Geschehen, das der Verwirklichung nahe ist und Gefährdung in sich trägt. Nur das rechtfertigt für ihn Strafe, alles andere nicht. Mit anderen Worten: Er muss bei seiner Konzeption davon ausgehen, dass der Tatentschluss mehr ist als irgendeine Gesinnung. Vielmehr bezieht sich der Tatentschluss auf eine Handlungspraxis und beschreibt dann das Geschehen bis zu einem Punkt, in dem gewissermaßen Abwehrmaßnahmen zu erfolgen haben, die notwendig sind. Ich möchte noch daran erinnern, dass die von Feuerbach begründete ob-

jektive Versuchstheorie im 19. Jahrhundert die in Wissenschaft und Praxis herrschende Lehre war.

Rostalski:
Liegt denn in den Fällen des untauglichen Versuchs tatsächlich nur eine Gesinnung vor oder nicht vielmehr schon der Akt des Bildens des Rechts? Wenn der Einzelne beispielsweise davon ausgeht, eine Waffe sei geladen, und er die Waffe dann auf eine andere Person richtet, dann bildet er ja die Norm: „Du sollst nicht schießen. Du sollst den Schuss nicht aus der Waffe auf die Person abgeben. Im Lebensschutzinteresse hat deine Handlungsfreiheit zurückzustehen." Also ist es keine bloße Gesinnung, sondern der Akt der Normbildung, den hier *Köhler* eigentlich auch verlangt.

Zaczyk:
Ja und nein. Die Normbildung setzt nicht gewissermaßen am Himmel an, sondern im praktischen Verhältnis der Individuen zueinander. Und der Bruch, den man beim Unrecht verlangt, bedeutet im Fall des untauglichen Versuchs nach der *Köhler*schen Lösung, eine Handlung vorzunehmen, die wirkliche Gefahr für ein Rechtsgut bringt, nicht nur die Dokumentation einer Gesinnung. Rückschließend ist die Folge dieses Ansatzes immer wieder, dass er die gestaltende Wirklichkeit der Menschen untereinander zum Ausgangspunkt nimmt und sagt: Was verändert sich, wenn jemand mit einer nur vermeintlich geladenen, tatsächlich aber ungeladenen Waffe schießt? Vollzieht sich Unrecht im Sinne des Anfangs einer Veränderung? Nein, lediglich eine Scheinwelt wird aufgebaut.

Frisch:
Ich bin mit vielen Grundpositionen von Ihnen, Herr *Zaczyk*, und von Herrn *Köhler* sehr einverstanden. Ich stimme Ihnen darin zu, dass wir mit dem *Recht* beginnen müssen und nicht unsere strafrechtliche Inselperspektive in den Vordergrund schieben können. Ich teile auch die Position, dass das Subjekt zusammen mit anderen selbst das Recht produziert und dass es im Strafrecht auf den Bruch von Anerkennungsverhältnissen hinausläuft.
Mein Problem ist ein anderes: Wir haben natürlich auch ein positives Recht, wir haben ein positives Unrecht, wir haben ein positives Strafrecht. Meine ganz große theoretische Frage ist: Wie bringen wir das Ganze nun eigentlich zusammen? Das sind zwei Entwürfe von verschiedenen Seiten her. Und man läuft immer Gefahr – das sieht man meines Erachtens auch ein bisschen in dem Beitrag von Herrn *Köhler* –, dass der Gegenentwurf

fast schon als Zerrbild aufgebaut wird, was er in Teilen ja auch ist, aber nicht in allen. Mich würde also nun einfach interessieren: Wie bringt man das beides zusammen? Wir brauchen positives Recht, das ist zweifelsfrei. Und das andere ist im Grunde genommen für mich so etwas wie der Gestaltungsfaktor, der Geist, von dem das positive Recht beseelt sein sollte. Sodass man das gewissermaßen als korrigierende Folie an all unsere Probleme heranhält. Würden Sie das auch so sehen? Verstehe ich Sie richtig?

Zaczyk:
Ja, Sie verstehen mich völlig richtig. Was machen wir denn hier? Wenn das völlig folgenloses Gerede wäre, dann wäre es wirklich besser, das Reden zu lassen. Es wird ja oft in der Literatur behauptet: „Die Wissenschaftler machen ihre Theorien, aber in Wahrheit macht der Gesetzgeber das Recht – und er macht in weiten Grenzen, was er will." Das verstehe ich nicht. Natürlich muss sich ein Parlament bemühen, gerechtes Recht zu setzen. Natürlich sind wir dabei, uns in einer Ruhezone Gedanken zu machen. Natürlich hat die Praxis auch viele andere Schwierigkeiten. Gleichermaßen bemüht man sich aber um gerechtes Recht und muss da durchaus auch etwas leisten. Bei *Kants* Frage „Was ist Recht?" folgt der Satz: Wenn man fragt, was Recht ist, lässt sich durchaus von den positiven Gesetzen eine Leitlinie bilden: So leben Menschen im Moment miteinander. *Köhler* würde nicht sagen: Wir müssen gleich morgen die Rechtswelt umstürzen. Wenn wir überhaupt geistig Recht begreifen wollen, müssen wir als Zielpunkt eine gerechte Rechtsordnung im positivierten Recht haben. Darum bemühen sich Abgeordnete im Rechtsausschuss oder auch Wissenschaftler am Schreibtisch.

Frisch:
Vielleicht noch eine Ergänzungsfrage: Wenn wir das so sehen, dann müssen wir natürlich auch anerkennen, dass dieser Maßstab, wie richtiges Recht sein sollte, zwar seine Prinzipien enthält, dass er bis zu einem gewissen Punkt vielleicht Konkretisierungen ermöglicht, bei denen wir eine intersubjektive Einigkeit erzielen können, dass es aber darüber hinaus erhebliche Bereiche gibt, in denen das nicht mehr möglich ist und in denen im Grunde genommen die demokratisch legitimierte Instanz gefordert ist. Würden Sie das Gesamtkonzept ebenfalls so verstehen?

Zaczyk:
Ja, selbstverständlich! Es wäre eine Fehlvorstellung, dass Professoren das bessere Recht machen.

Frisch:
Sie kennen ja die entsprechenden Vorwürfe, die herumgeistern. Es wäre meines Erachtens vor dem Hintergrund der Position, die Sie vertreten und die ich auch für richtig halte, gut, wenn das ab und zu mal klar dargestellt werden würde, um Missverständnisse einzudämmen – und zwar mit möglichst einfachen Worten. Das soll jetzt keine Kritik sein, sondern nur ein bisschen erklären, warum sich diese aus meiner Sicht absolut positiv zu beurteilenden Konzeptionen manchmal so schwertun. Ich kann an dieser Stelle noch einen Kollegen nennen, der mir sagte: „Ich kann es manchmal schon gar nicht lesen, wenn das Rad immer wieder ganz von vorne erfunden wird, wenn man bei jedem strafrechtlichen Problem ganz an den Ursprung des Rechts geht. Das ist theoretisch alles völlig richtig, aber manchmal wird dann eben auch Selbstverständliches wiederholt." Das ist das Problem, das ich sehe. Aber sonst – von der Grundkonzeption her – kann ich sagen: Ich bin voll einverstanden.

Engländer:
Damit sich der Geist der Versöhnung nicht gleich allzu vorschnell hier im Raume verbreitet, habe ich doch noch ein paar Nachfragen. Ich bin mir nicht sicher, ob das wirklich nur Missverständnisse an dieser Stelle sind.
Jetzt haben Sie, Herr *Zaczyk*, gerade gesagt, dass es selbstverständlich für den Gesetzgeber Spielräume geben muss. Die entscheidende Frage ist natürlich, wie groß oder wie klein diese Spielräume dann sind. Wenn ich mir den Text von *Köhler* anschaue, dann sind das schon weitgehende Positionen, die Sie hier dankenswerterweise klar gemacht haben. Unbewusste Fahrlässigkeit kann eben keine Straftat sein. Der untaugliche Versuch kann jedenfalls nach *Köhler* keine Straftat sein. Jetzt interessiert mich der damit verbundene Geltungsanspruch. Was passiert denn, wenn der Gesetzgeber sich anders entscheidet? Jetzt kann man sagen, bei der Fahrlässigkeit ist das dem StGB jedenfalls dem Wortlaut nach nicht zu entnehmen. Beim Versuch würde ich das dann schon deutlich anders sehen. Ist das dann illegitim, was der Gesetzgeber an dieser Stelle entschieden hat? Hat er also damit den Rahmen dessen, was er demokratisch entscheiden kann, im Grunde überschritten, weil es eben nicht kompatibel ist mit den Ergebnissen, die hier aus bestimmten philosophischen Theoremen gezogen werden? Ich stimme Ihnen durchaus zu, wenn Sie sagen: Natürlich sollte der parlamentarische Gesetzgeber sich bemühen, gerechtes Recht zu setzen. Die Frage ist dann natürlich wieder, welcher der Maßstab der Gerechtigkeit ist. Legen wir einen reinen prozeduralen Maßstab zugrunde, kommen wir zu an-

deren Ergebnissen, als wenn wir uns auf einen materiell angereicherten Gerechtigkeitsmaßstab stützen. Insoweit interessiert mich doch nochmal das Verhältnis zwischen der Theorie und dem verbleibenden Spielraum für den parlamentarischen Gesetzgeber. Vielleicht können Sie dazu noch etwas sagen.

Zaczyk:
Ich fange mal am Ende an. Es wird bestimmt nicht das Ergebnis meiner Überlegungen sein, dass die Strafrechtler, die sich zur Strafrechtslehrertagung treffen, mit dem Lehrbuch *Köhlers* in der Hand nach Berlin ziehen und sagen: „Hier steht drin, wie es gemacht werden muss!" Die ganze Sache baut sich anders auf. Ich würde jetzt auch nicht von „Spielräumen" reden. Der Begriff „Spielraum" setzt voraus, dass unverbindliche Spiele gespielt werden. Hier werden aber keine Spiele gespielt, sondern es werden verantwortliche Entscheidungen getroffen. Und jetzt nochmal: Es geht nicht darum, dass man eine Kompetenz usurpiert, sondern es muss ein gemeinsames *Ringen* darum geben, was die richtige Lösung ist. Richtig ist etwas in dem Sinne bestimmt nicht allein deshalb, weil es Hochschulprofessoren gesagt haben. Richtig ist es aber auf der anderen Seite auch nicht, nur weil ein prozedurales Verfahren durchgeführt wurde. Es muss ein inhaltlicher Diskurs über diese Fragen sein. Und es kann nicht mehr sein, als das Vertrauen darauf zu setzen, dass man sich auf diese Diskussion überhaupt einmal einlässt, so wie wir das hier tun. Ich meine, schauen Sie sich einmal den § 265d StGB (Dopingverbot) an. Wie kann so etwas passieren? Es gibt ja mittlerweile auch Aufschreie der Strafrechtswissenschaft beispielsweise zu dem, was im Sexualstrafrecht zusammengezimmert worden ist. Da ist es doch wesentlich, dass man bereit ist, das als Sachfrage zu behandeln, es im Rahmen seiner Kompetenz vorzustellen und – genau wie Herr *Frisch* gesagt hat – es möglichst auch verständlich vorzubringen. Die letzte Entscheidungskompetenz, die im Rechtsstaat verantwortliche Instanz, ist selbstverständlich der Gesetzgeber. Es ist bei bestimmten Entscheidungen des Bundestages ja doch auch oftmals zu gehaltvollen Diskussionen gekommen – und die waren nicht etwa bloßes *procedere*. Das allergrößte ist, wenn der Fraktionszwang aufgehoben wird; das wird als große Stunde des Parlaments gefeiert. Warum? Weil man dann plötzlich über Argumente reden muss und nicht darauf verweisen kann, dass der Fraktionsvorsitzende gesagt hat: „Hier hebt ihr die Hände und dort lasst ihr es bleiben!" Da wird gegenseitig zugehört. Und ich finde, das sollte besonders für das Strafrecht gelten. Man sollte lernen, den Diskurs nicht nur als