Festschrift für Hans Joachim Hirsch
zum 70. Geburtstag

Hans Joachim Hirsch

Festschrift für
HANS JOACHIM HIRSCH
zum 70. Geburtstag
am 11. April 1999

herausgegeben

von

Thomas Weigend und Georg Küpper

1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999 / hrsg. von Thomas Weigend und Georg Küpper. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1999
ISBN 3-11-015586-9

© Copyright 1999 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, D-10785 Berlin.
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, 10785 Berlin
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, 10963 Berlin

Vorwort

Am 11. April 1999 vollendet *Hans Joachim Hirsch* das 70. Lebensjahr. Aus diesem Anlaß widmen ihm Freunde, Kollegen und Schüler die vorliegende Festschrift als Zeichen der Verbundenheit und Dankbarkeit.

In dem bunten Strauß der Beiträge spiegeln sich die Vielfalt und die Breite der wissenschaftlichen Interessen und der Arbeitsgebiete des Jubilars wider. Wie wenige andere hat *Hans Joachim Hirsch* bei seinen Forschungen den Blick über den Bereich des deutschen Strafrechts hinausgelenkt. Insbesondere die Allgemeinen Lehren des Strafrechts sieht er stets im internationalen Zusammenhang, und zahlreiche persönliche Kontakte zu ausländischen Kollegen haben ihn nicht nur zu einem Botschafter der deutschen Strafrechtswissenschaft werden lassen, sondern ihm auch vielerlei Ideen für die Lösung strafrechtlicher Probleme vermittelt. Die Beteiligung zahlreicher ausländischer Gelehrter an dieser Festgabe macht deutlich, daß die Wertschätzung, die *Hans Joachim Hirsch* genießt, ebenso wie die Ausstrahlung seines Werkes weit über die Grenzen Deutschlands hinausreicht.

Viele der in diesem Band versammelten Autoren setzen sich mit den Lehren des Jubilars auseinander. Wir sind zuversichtlich, daß *Hans Joachim Hirsch*, der stets den wissenschaftlichen Dialog sucht und schätzt, an diesen Beiträgen Freude hat, selbst wenn die Autoren nicht in allem seine Meinung teilen.

Der Verlag Walter de Gruyter, insbesondere Frau Dr. Dorothee Walther, hat das Vorhaben dieser Festschrift von Anfang an unterstützt und mit großem Engagement mitgetragen. Dafür und für die höchst angenehme Zusammenarbeit sagen die Herausgeber herzlichen Dank.

Wer den Jubilar kennt, weiß, daß die Vollendung des 70. Lebensjahres für ihn keinen wesentlichen Einschnitt in der wissenschaftlichen Forschung bedeutet, sondern daß wir von ihm noch viel an Belehrung und intellektueller Bereicherung erwarten dürfen. Für die Zukunft gelten ihm unsere besten Wünsche.

Die Herausgeber

Inhalt

I. Vita

HANS-HEINRICH JESCHECK, em. Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult., Freiburg i. Br.:
Zu Leben und Werk von Hans Joachim Hirsch 3

II. Grundlagen des Strafrechts

NIKOLAOS BITZILEKIS, Professor Dr. jur., Thessaloniki:
Der Tatsachenbegriff im Strafrecht 29

GÜNTHER JAKOBS, Professor Dr. jur., Bonn:
Bemerkungen zur objektiven Zurechnung 45

MICHAEL KÖHLER, Professor Dr. jur., Hamburg:
Der Begriff der Zurechnung 65

ERNST-JOACHIM LAMPE, em. Professor Dr. jur., Bielefeld:
Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts 83

DIETRICH OEHLER, em. Professor Dr. jur., Köln:
Benedict Carpzovs Practica Nova (1635) in heutiger Betrachtung 105

ANDRZEJ WĄSEK, Professor Dr. jur., Lublin:
Die Regelungen zum Straf- und Strafprozeßrecht in der Verfassung der Republik Polen von 1997 115

III. Allgemeine Lehren des Strafrechts

JOSÉ CEREZO MIR, Professor Dr. jur., Madrid:
Die Regelung des Versuchs und die Auffassung des Unrechts im neuen spanischen Strafgesetzbuch 127

GERHARD DANNECKER, Professor Dr. jur., Bayreuth:
Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft 141

TAIRA FUKUDA, em. Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c., Tokio:
Bedeutungskenntnis und Vorsatz 175

KARL HEINZ GÖSSEL, em. Professor Dr. jur., Erlangen:
Über die sog. Regelbeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung 183

Walter Gropp, Professor Dr. jur., Gießen:
Die „Pflichtenkollision": weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision 207

Makoto Ida, Professor Dr. jur., Tokio:
Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt 225

Günter Jerouschek, Professor Dr. jur. Dr. phil., Jena:
Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft 241

Kristian Kühl, Professor Dr. jur. Dr. phil., Tübingen:
Freiheit und Solidarität bei den Notrechten 259

Hans Lilie, Professor Dr. jur., Halle:
Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung 277

Harro Otto, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c., Bayreuth:
Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte 291

Dieter Rössner, Professor Dr. jur., Marburg:
Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik 313

Claus Roxin, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult., München:
Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch 327

Ellen Schlüchter, Professor Dr. jur., Bochum:
Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten . . . 345

Bernd Schünemann, Professor Dr. jur., München:
Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff 363

Günter Spendel, em. Professor Dr. jur., Würzburg:
Actio libera in causa und kein Ende 379

Günter Warda, em. Professor Dr. jur., Bochum:
Konstruktive Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenfassung eines mehraktigen Geschehens zu einer Tat, dargestellt am Beispiel des Tatbestandsmerkmals „quälen" in § 225 StGB 391

Andrzej Zoll, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c., Krakau:
Die Bedeutung des Irrtums für die strafrechtliche Verantwortlichkeit im neuen polnischen Strafgesetzbuch 419

IV. Einzelne Delikte

GUNTHER ARZT, Professor Dr. jur., LL. M., Bern:
Bemerkungen zum Überzeugungsopfer – insbesondere zum Betrug durch Verkauf von Illusionen 431

KLAUS BERNSMANN, Professor Dr. jur., Köln:
Zur Verfassungswidrigkeit von § 34 Abs. 4 AWG 451

ALBIN ESER, Professor Dr. jur. Dres. jur. h.c., Freiburg i. Br.:
Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive 465

WOLFGANG FRISCH, Professor Dr. jur., Freiburg i. Br.:
Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB) 485

GERD GEILEN, em. Professor Dr. jur., Bochum:
Rechtsbeugung durch Verfolgung 507

KLAUS GEPPERT, Professor Dr. jur., Berlin:
Zur Strafbarkeit des Anstellungsbetruges, insbesondere bei Erschleichung einer Amtsstellung 525

HANS-LUDWIG GÜNTHER, Professor Dr. jur., Tübingen:
Der Zusammenhang zwischen Raub und Todesfolge (§ 251 StGB) 543

THOMAS HILLENKAMP, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c., Heidelberg:
Zur Reichweite der Beleidigungstatbestände 555

GÜNTER KOHLMANN, Professor Dr. jur., Köln:
Zur Ahndung grenzüberschreitender Steuerhinterziehungen . . 577

WILFRIED KÜPER, Professor Dr. jur., Heidelberg:
Lebensgefährdende Behandlung 595

GEORG KÜPPER, Professor Dr. jur., Potsdam:
Unmittelbarkeit und Letalität 615

MANFRED MAIWALD, Professor Dr. jur., Göttingen:
Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche 631

DIETER MEURER, Professor Dr. jur., Marburg:
Wahrnehmung berechtigter Interessen und Meinungsfreiheit . . 651

KLAUS ROGALL, Professor Dr. jur., Berlin:
Beleidigung und Indiskretion 665

Heinz Schöch, Professor Dr. jur., München:
Offene Fragen zur Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen 693

Hans-Ludwig Schreiber, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c. Dres. med. h.c., Göttingen:
Zur Reform des Arztstrafrechts 713

Friedrich-Christian Schroeder, Professor Dr. jur., Regensburg:
Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung" 725

Dionysios Spinellis, Professor Dr. jur., Athen:
Das Rechtsgut der Ehre 739

Klaus Tiedemann, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult., Freiburg i. Br.:
Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung . . 765

Herbert Tröndle, Präsident des Landgerichts a D., Professor Dr. jur., Waldshut:
Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz 779

Ulrich Weber, Professor Dr. jur., Tübingen:
Zur Reichweite sektoraler gesetzlicher „Mißbrauchsklauseln", insbesondere des § 330d Nr. 5 StGB 795

Feridun Yenisey, Professor Dr. jur., Istanbul:
Zum türkischen Geldwäschegesetz 809

Rainer Zaczyk, Professor Dr. jur., Trier:
§ 193 StGB als Rechtfertigungsgrund 819

Frank Zieschang, Privatdozent Dr. jur., Köln:
Der Einfluß der Gesamtrechtsordnung auf den Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrugstatbestand 831

V. Sanktionen und Kriminalpolitik

Fritz Loos, Professor Dr. jur., Göttingen:
Bemerkungen zu § 46a StGB 851

Klaus Lüderssen, Professor Dr. jur., Frankfurt am Main:
Opfer im Zwielicht 879

Michael Walter, Professor Dr. jur., Köln:
Kriminalpolitik im Zeichen der Verbrechensfurcht: von der Spezial- über die General- zur „Ubiquitäts"prävention? 897

Thomas Weigend, Professor Dr. jur., Köln:
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt 917

VI. Strafverfahren und Strafvollzug

Julio B. J. Maier, Professor Dr. jur., Buenos Aires:
Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle? 941

Koichi Miyazawa, Professor Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult., Tokio:
Gefängnisarbeit in Japan 949

Hinrich Rüping, Professor Dr. jur., Hannover:
Rechtsfragen der „deutschen Magna Charta" 959

Jürgen Seier, Professor Dr. jur., Köln:
Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung 977

Stanislaw Waltos, Professor Dr. jur., Krakau:
Die neue polnische Strafprozeßordnung im Vergleich mit dem deutschen Strafprozeßrecht 995

Bibliographie

Verzeichnis der Schriften von Hans Joachim Hirsch 1017

I. Vita

Zu Leben und Werk von Hans Joachim Hirsch

Hans-Heinrich Jescheck

Hans Joachim Hirsch, dem dieser Band von Freunden, Kollegen und Schülern gewidmet ist, wurde am 11. April 1929 in Wittenberge an der Elbe geboren. Die Familie folgte dem Vater, der als Wasserbauingenieur oft versetzt wurde, nach Berlin, Emden und Stettin und wurde von dort 1943 nach Pasewalk evakuiert. *Hirsch* kam 1944 als Fünfzehnjähriger zum Stellungsbau nach Schneidemühl, anschließend zum Volkssturm und fand sich bei Kriegsende in Verden a. d. Aller wieder, wo er nach einer Lehre in der Landwirtschaft die Schulzeit abschließen konnte. Seine akademische Ausbildung wurde wesentlich durch die großen Gestalten seiner Lehrer *Hans Welzel*[1] in Göttingen und *Karl Engisch*[2] in Heidelberg bestimmt. Während eines halbjährigen Studiums an der London School of Economics (1959/60) trat die Beziehung zu *Max Grünhut*[3] hinzu, der 1939 als Flüchtling in Oxford Aufnahme gefunden und dort hohes Ansehen gewonnen hatte. Die von *Hirsch* als für ihn besonders wichtig empfundene Verbindung zu *Grünhut* bestand bis zu dessen Tode 1964 fort, da *Grünhut* im Sommersemester regelmäßig an seine alte Universität Bonn zurückkehrte, wo *Hirsch* wissenschaftlicher Assistent am Rechtsphilosophischen Seminar bei *Hans Welzel* war. *Grünhut* lehrte ihn, wie es seiner gesamten wissenschaftlichen und menschlichen Haltung als Schüler *Moritz Liepmanns* entsprach, daß es für die Ausgestaltung des Strafrechts nicht nur auf die dogmatische Konstruktion, sondern vor allem auf die Orientierung am sozialen Zweck des Strafrechts und für dessen Anwendung auf die Sorge um das Schicksal der Verurteilten, insbesondere der zu Freiheitsstrafe Verurteilten, ankomme.

[1] *Hirsch* hat in einem Glückwunsch für seinen Lehrer *Hans Welzel* zum 70. Geburtstag (JZ 1974, 102 f) vor allem dessen heute zuweilen verkannte maßgebende Bedeutung für die Umgestaltung des Straftatsystems mit ihren weitreichenden Folgen für Gesetzgebung und Praxis hervorgehoben.

[2] Der Nachruf von *Hirsch* auf *Karl Engisch* (ZStW 103 [1991], S. 623 ff) betont die Weite und Tiefgründigkeit seines wissenschaftlichen Werks, aber auch seine distanzierte Stellung zur Lehre *Welzels*.

[3] Zu *Grünhut* vgl. die Ansprachen von *Ernst Friesenhahn* und *Hellmuth von Weber* bei der Gedenkfeier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn am 25. 7. 1964, in: *Hilde Kaufmann/Erich Schwinge/Hans Welzel* (Hrsg.), Erinnerungsgabe für Max Grünhut (1893–1964), 1965, S. 5 ff; 25 ff.

I. Dissertation und Habilitationsschrift

Am 29. Juli 1957 hat *Hirsch* mit der bekannten Arbeit über „Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund" (1960) in Bonn bei *Hans Welzel* mit „summa cum laude" promoviert. Die umfangreiche Dissertation zeigte bereits seine große dogmatische Begabung, die außerordentliche Sorgfalt in der Darstellung des Streitstands und die Konsequenz in der Durchführung seiner Problemlösung sowie stets auch die Treue zu seinem Lehrer *Welzel*. *Hirsch* gelangte hier nach einer die Entwicklung seit *Adolf Merkel* umfassenden, keine Nuance auslassenden dogmengeschichtlichen Untersuchung und nach der minutiösen Widerlegung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu dem Ergebnis, daß der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ein Verbotsirrtum ist, der nach der strengen Schuldtheorie behandelt werden muß und deswegen bei Vermeidbarkeit zur Anwendung des Vorsatztatbestands ohne Abstriche führt (S. 247). Die Lehre von der Doppelstellung des Vorsatzes, die in der Dissertation bereits gestreift ist (S. 189), wird später in dem Aufsatz „Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre" (ZStW 94 [1982], S. 262 ff) eingehend erörtert und als Anregung zu einer Modifikation der strengen Schuldtheorie angesehen (S. 265). Dabei ist *Hirsch* auch in seiner vorerst letzten Äußerung zu dem strittigen Punkt geblieben (LK, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rdn. 8). Die soziale Adäquanz, die in der Dissertation noch als Auslegungsgesichtspunkt einen bescheidenen Platz fand und in ZStW 74 (1962), S. 80 ff, jedenfalls als Rechtfertigungsgrund, zu Recht abgelehnt wird, ist in LK, 11. Aufl., vor § 32 Rdn. 29, wegen der Unbestimmtheit des Begriffs schließlich ganz aufgegeben, was die Fähigkeit *Hirschs* zeigt, sich von Überliefertem auch zu trennen, wenn er zu anderer Einsicht gelangt ist.

Für den Zugang zum Besonderen Teil hat sich *Hirsch* durch das Thema der Habilitationsschrift „Ehre und Beleidigung" (1967) einen besonders anspruchsvollen Weg gewählt. Das Rechtsgut „Ehre" definiert er mit der überwiegenden Meinung als „verdienten Achtungsanspruch" im Unterschied zum bloß faktischen guten Ruf (S. 29). Den Schutz gegen die öffentliche Behauptung ehrenrühriger Tatsachen über fremde Privatangelegenheiten verweist er in den Bereich des „Indiskretionsdelikts" (§ 182 E 1962), das freilich nicht Gesetz geworden ist. Den Ausschluß des Wahrheitsbeweises in § 182 Abs. 2 E 1962 hält er jedoch auch beim Indiskretionsdelikt nicht für vertretbar (S. 44), denn die Möglichkeit der öffentlichen Kritik ehrenrührigen Verhaltens bilde „eine der stärksten Garantien für die Gewährleistung der sozialen Ordnung" (ZStW 90 [1978], S. 882). Für die Strafbarkeit der üblen Nachrede bei

Mißlingen des Wahrheitsbeweises verlangt er im Hinblick auf das von ihm stets als Höchstwert eingeschätzte Schuldprinzip zumindest sorgfaltswidriges Verhalten des Beleidigers (S. 168 ff). Die Strafbarkeit der Beleidigung von Kollektivpersonen darf nach seiner Ansicht wegen der Unbestimmtheit der Abgrenzung des Kreises der beleidigungsfähigen Kollektive nicht über die Fälle der §§ 196, 197 StGB a. F. hinaus erstreckt werden (S. 117), was seine hohe Achtung für ein zweites Grundprinzip, die Rechtssicherheit, bekundet. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen wird auf „echte Rechtfertigungssituationen" beschränkt (S. 203). Dieser Gedanke bleibt zur Verteidigung des Ehrenschutzes gegenüber der Ausdehnung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Bundesverfassungsgericht auch heute wichtig, denn das „Recht der persönlichen Ehre" ist in Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich als Schranke der Meinungsfreiheit und damit als gleichwertiges Gut bei der Abwägung der Rechtsgüter anerkannt.

Die Habilitation in Bonn am 25. Februar 1966 führte *Hirsch* alsbald auf einen Lehrstuhl an der Universität Regensburg. Zehn Jahre später erfolgte die Berufung als ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie und Direktor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts an die Universität Köln[4].

II. Strafrechtsdogmatik – Allgemeiner Teil

Das stärkste wissenschaftliche Interesse *Hirschs* gilt seit jeher der Dogmatik des Allgemeinen Teils, und hier liegt darum auch ein Schwerpunkt seiner Arbeiten. Grundlegend für dieses Gebiet ist seine schon erwähnte große Abhandlung über die Handlungs- und Unrechtslehre (ZStW 93 [1981], S. 831 ff; ZStW 94 [1982], S. 239 ff). Ausgehend von dem Systemumbau der Grundbegriffe durch *Welzels* finale Handlungslehre wird hier die auf der personalen Auffassung des Unrechts basierende neuere Verbrechenslehre eingehend dargestellt, die sich in ihren praktischen Ergebnissen durchgesetzt habe (ZStW 93, S. 833). Die von den Gegnern des strengen Finalismus bevorzugte eigenständige normative Begründung der Umstellung des Vorsatzes aus dem Sinn des Deliktstypus wird erörtert, aber nicht akzeptiert (ZStW 93, S. 838 ff)[5],

[4] Seinen Amtsvorgänger *Richard Lange* hat *Hirsch* zu dessen 70. Geburtstag „als große fachliche und persönliche Autorität" gewürdigt und seine „wissenschaftliche Wachsamkeit" gegenüber der „Reform- und Veränderungseuphorie seiner Zeit" hervorgehoben (JR 1976, 105 f).

[5] Die Übereinstimmung in den Ergebnissen (beider Lehren) wird von *Hirsch* aber als das Wesentliche angesehen; zu *Bockelmann* ZStW 100 (1988), S. 284; zum Erfolg der herrschend gewordenen Lehre von *Gallas* ZStW 102 (1990), S. 495.

ebensowenig der soziale Handlungsbegriff (ZStW 93, S. 859), der übrigens auch gar nicht als systemtragend gedacht war, sondern nur den Versuch einer Definition des Allgemeinbegriffs „Handlung" für das Strafrecht darstellt. Dagegen wird die Lehre von der Doppelstellung des Vorsatzes, wie schon gesagt, als dogmatisch mögliche und konsensfähige Lösung des Problems des Rechtfertigungsirrtums anerkannt (ZStW 94, S. 257 ff)[6]. Im übrigen bleibt *Hirsch* jedoch mit der für ihn typischen Überzeugungstreue bei der vorrechtlichen Grundlage des Handlungs- und Unterlassungsbegriffs und bei den sich daraus sachlogisch ergebenden Folgerungen (Spendel-Festschrift, 1992, S. 47 f). *Hirsch* hat die neuere deutsche Verbrechenslehre als Gegenposition zur Ablehnung des dreistufigen Deliktsaufbaus durch den italienischen Kassationshof noch einmal in den „Studi in memoria di Giacomo Delitalia", 1984, S. 1933 ff, zusammengefaßt. Seine Erwartung, daß der dreistufige Deliktsaufbau sich auch in Italien durchsetzen werde, hat sich inzwischen erfüllt[7].

Einer anderen, im Schrifttum erfolgreichen neueren Lehrmeinung im Bereich der Theorie des tatbestandsmäßigen Unrechts, der Lehre von der *objektiven Zurechnung*, hat *Hirsch* kürzlich in einem tiefgründigen Beitrag zur Lenckner-Festschrift (1998) eine Absage erteilt. Diese Lehre sei bei den Vorsatztatbeständen „nicht nur entbehrlich, sondern auch nicht sachgemäß", weil sich die Kriterien für die Abgrenzung des dem Täter zurechenbaren Unrechts sachlich richtig aus dem Begriff der tatbestandsmäßigen, aus objektiven und subjektiven Elementen zusammengesetzten Handlung, und nicht aus dem Risikogedanken ergäben. Beim Fahrlässigkeitsdelikt, bei dem es in der Tat um die Zurechnung des Erfolgs einer Risikohandlung geht, seien die Kriterien dafür aus den Besonderheiten der Struktur des fahrlässigen Deliktstypus selbst abzuleiten; die objektive Zurechnung sei also auch hier eine unnötige und dazu ungenaue Generalklausel. Man sieht, daß *Hirsch* sich auch gegen eine herrschende, im Ausland vielfach rezipierte Lehre mit eigenständigen Argumenten zu wehren weiß, indem er zeigt, daß die gleichen Ergebnisse sich durch die herkömmliche Theorie ebenso gewinnen und zudem sachgerechter begründen lassen.

[6] Entscheidend ist für *Hirsch*, daß beim Rechtfertigungsirrtum der Tatbestandsvorsatz unberührt bleibt und die Lösung im Schuldbereich liegt; s. seine Besprechung meines Lehrbuchs in: ZStW 95 (1983), S. 655 f.

[7] Siehe *Romano*, Commentario sistematico del Codice penale, Bd. I, 2. Aufl. 1995, Pre-Art. 39 Rdn. 22; ferner *Riz*, ZStW 93 (1981), S. 1005 ff. Auch die frühere Ansicht des Kassationshofs, daß der Satz „in dubio pro reo" für Rechtfertigungsgründe nicht gelten sollte, hat sich zuletzt durch den neuen Art. 530 Abs. 3 C. p. p. erledigt.

Die Lehre von den *„Typen der Tatbestände"* hat *Hirsch* dadurch verfeinert, daß er – ausgehend von den Begriffen „Gefahr" (ein Zustand, in dem einem Gut mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit eine Verletzung droht) und „Gefährlichkeit" (Eigenschaft eines riskanten Verhaltens, eine bestimmte Art von Gefahren herbeiführen zu können) – bei den Gefährlichkeitsdelikten (den bisherigen abstrakten Gefährdungsdelikten) eine abstrakte und eine konkrete Form unterscheidet (Arthur Kaufmann-Festschrift, 1993, S. 545 ff; H.-K. Lee-Festschrift, 1998). Konkrete Gefährlichkeitsdelikte sind bei ihm vor allem die „Eignungsdelikte" (z. B. § 308 zweiter Halbsatz a. F. StGB). Abstrakte Gefährlichkeitsdelikte enthalten dagegen nur generalisierende Merkmale eines typischerweise riskanten Verhaltens (z. B. § 153 StGB). Sie sind, wie *Hirsch* zu Recht feststellt, dann legitim, „wenn der Gesetzgeber den Rechtsgüterschutz nicht in die Kompetenz oder Inkompetenz der Risikoprognose des Täters legen will" (Buchała-Festschrift, 1994, S. 162). Zu denken ist z. B. an Vorkehrungen zum Katastrophenschutz in der modernen Risikogesellschaft, wie die Sicherheitsvorschriften für den Betrieb von Atomkraftwerken. Den Charakter der erfolgsqualifizierten Delikte als konkrete Gefährdungsdelikte betont *Hirsch* durch die Forderung, „daß der Eintritt der schweren Folge auf der tatbestandsspezifischen Gefahrenträchtigkeit des grunddeliktischen Erfolgs beruhen muß" (Oehler-Festschrift, 1985, S. 133).

Die *Rechtfertigungsgründe* hat *Hirsch* in den Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, LK, 11. Aufl. 1994, Rdn. 5–181 (ebenso schon in der 9. und 10. Auflage) so umfassend und grundlegend bearbeitet, daß für den Rezensenten kaum mehr als eine Wiederholung des Gesagten übrigbliebe. Ich möchte deswegen nur wenige Punkte hervorheben, die mir für die Denkweise des Autors besonders charakteristisch erscheinen. Die Rechtswidrigkeit kennzeichnet nach *Hirsch* den Widerspruch der Tat zur Gesamtrechtsordnung, eine besondere „Strafrechtswidrigkeit" gebe es nicht; man könne nur von „strafbedrohtem Unrecht" sprechen (vor § 32 Rdn. 10). Auch die Lehre vom „erlaubten Risiko" hält er für entbehrlich, da die einschlägigen Probleme auf der Ebene des Tatbestandes, insbesondere bei dem Merkmal der erforderlichen Sorgfalt im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, ihren sachentsprechenden Platz fänden (vor § 32 Rdn. 32). Eine Vorschrift des positiven Rechts, die wie das Grenzgesetz der früheren DDR das Lebensrecht des Menschen entgegen den internationalen Menschenrechtspakten in unerträglicher Weise verletzt, ist, wie *Hirsch* unter Berufung auf *Gustav Radbruch* betont, als Rechtfertigungsgrund nicht zu beachten; er schließt sich damit dem Standpunkt an, den der Bundesgerichtshof in den „Mauerschützen-Fällen" in zwar

vielfach angegriffener Rechtsprechung, aber mit entschiedener Billigung des Bundesverfassungsgerichts eingenommen hat (vor § 32 Rdn. 42)[8]. Im übrigen gelte Art. 103 Abs. 2 GG nicht nur für die Straftatbestände, sondern auch für die im Strafrecht normierten Rechtfertigungsgründe, so daß diese nicht in einem ihren Wortlaut einschränkenden Sinne ausgelegt werden dürften (vor § 32 Rdn. 37; Tjong-Gedächtnisschrift, 1985, S. 63). Alle Rechtfertigungsgründe verlangen, wie *Hirsch* überzeugend begründet, daß das ihrem Sinngehalt entsprechende subjektive Rechtfertigungselement gegeben sein muß (vor § 32 Rdn. 50); wo dieses fehlt, will *Hirsch*, allerdings entgegen der vorherrschenden Lehre, nicht nur Versuch, sondern Vollendung der Tat annehmen (vor § 32 Rdn. 59). Die rechtfertigende Pflichtenkollision betrachtet er mit der heute überwiegenden Lehre als einen vom Notstand unabhängigen eigenen Rechtfertigungsgrund (vor § 32 Rdn. 74), was im Falle der Kollision gleichwertiger Handlungsgebote die Annahme einer Wahlmöglichkeit des Adressaten erlaubt (vor § 32 Rdn. 79). Die Einwilligung ist bei *Hirsch* mit der in Deutschland noch überwiegenden, im Ausland unangefochten gebliebenen Lehre ein Rechtfertigungsgrund; die vielfach vertretene Einordnung in den Tatbestand, die auf einer die Unterschiede der Rechtsgüter nivellierenden allgemeinen Subjektivierung beruhe, wird von ihm auch wegen ihrer praktischen Konsequenzen abgelehnt (vor § 32 Rdn. 92, 97 ff). Auch die mutmaßliche Einwilligung ist, wie *Hirsch* entsprechend der herrschenden Lehre annimmt, echter Rechtfertigungsgrund, der auf dem objektiv zu vermutenden Willen des Berechtigten beruht (vor § 32 Rdn. 132). Endlich müssen bei der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen, wie *Hirsch* entsprechend der überwiegenden Meinung erklärt, die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO *objektiv* gegeben sein (vor § 32 Rdn. 156). In der Frage der Behandlung von Fehlern der behördlichen Genehmigung eines tatbestandlichen Verhaltens stellt *Hirsch* für ihre Wirksamkeit im Strafrecht wegen der Rechtseinheit ausschließlich auf die verwaltungsrechtlichen Maßstäbe ab (strenge Verwaltungsakzessorietät), so daß auch eine mißbräuchlich erlangte, aber nach dem Ver-

[8] *Hirsch* hat diesen allein richtigen Standpunkt sehr eindrucksvoll begründet und ausführlich belegt in seinem Vortrag an der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften über das Thema „Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht", 1996, S. 13 ff. In diesem Vortrag wird m. E. zu Recht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einem anderen Problem des DDR-Unrechts kritisiert, nämlich bei der zu engen Beschränkung des objektiven Tatbestands der Rechtsbeugung in § 244 StGB-DDR auf Fälle, in denen sich die Entscheidung „offensichtlich als Willkürakt" darstellt (S. 24 f).

waltungsrecht gleichwohl wirksame Genehmigung im Strafrecht zu berücksichtigen ist (vor § 32 Rdn. 165)[9].

Der *rechtfertigende Notstand* ist bei *Hirsch* Gegenstand einer gesonderten Kommentierung, die in ihrer Intensität und Tiefe das Thema erschöpfend behandelt (LK, 11. Aufl. 1994, § 34 Rdn. 1–95). Aus diesem Abschnitt möchte ich zwei Punkte ins Auge fassen, bei denen *Hirsch* zu praktisch besonders gravierenden Fragen Stellung nimmt. Entgegen der überwiegenden Meinung hält er § 34 StGB auf hoheitliche Eingriffe in Individualrechtsgüter nicht für anwendbar; Amtspersonen seien insoweit an die Grenzen des öffentlichen Rechts gebunden (§ 34 Rdn. 6 f). Nur für Eingriffe in Rechtsgüter des Staates oder der Allgemeinheit stehe § 34 StGB zur Verfügung, so daß die Freilassung von Häftlingen, die im Falle Lorenz durch die Geiselnahme seitens ihrer Gesinnungsgenossen von der Regierung erpreßt wurde, gerechtfertigt gewesen ist (§ 34 Rdn. 20). Für eine darüber hinausgehende Anwendungsmöglichkeit des § 34 StGB besteht nach *Hirsch* kein praktisches Bedürfnis (Cieślak-Festschrift, 1993, S. 124 f). Beim Defensivnotstand wird von ihm für die Güterabwägung der Rechtsgedanke des § 228 BGB herangezogen, wenn die Notstandsgefahr von der Person ausgeht, gegen die sich der Eingriff richtet und die deshalb äußerstenfalls zur Rettung des Lebens des Betroffenen geopfert werden darf (Fall der Perforation) (§ 34 Rdn. 72, 74; Dreher-Festschrift, 1977, S. 228 f).

Die Arbeiten zum Allgemeinen Teil hat *Hirsch* abgeschlossen durch eine nicht weniger eindrucksvolle Darstellung der Lehre von der *Schuld* als der dritten Wertungsstufe der Straftat nach Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (ZStW 106 [1994], S. 746 ff; LK, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rdn. 182 ff). Sein Ausgangspunkt ist zu Recht der herrschende normative Schuldbegriff. Dieser betrifft die Frage, ob und in welchem Umfang dem Täter die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung vorgeworfen werden kann (vor § 32 Rdn. 183). Auf eine *sozialethische* Begründung des materiellen Gehalts der Schuld läßt *Hirsch* sich jedoch nicht ein, er will sich vielmehr, um jedes „sittliche Pathos" bei der Schuldbegründung zu vermeiden, „auf eine mehr rechtliche Begründung beschränken" (vor § 32 Rdn. 182). Mir scheint jedoch, wenigstens bei der Straf*zumessungs*schuld, eine sozialethische Begründung des

[9] Später hat er diesen Standpunkt im Hinblick auf §§ 330 d Nr. 5 StGB eingeschränkt; vgl. dazu *Hirsch*, Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität, in: *Hirsch/Hofmański* u. a. (Hrsg.), Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht, Białystok 1996, S. 42.

Schuldmaßes unverzichtbar zu sein. Jedenfalls würde – daran läßt *Hirsch* keinen Zweifel – die von wenigen Stimmen geforderte gänzliche Abschaffung des Schuldprinzips die spezifisch menschliche Orientierung der strafrechtlichen Zurechnung zerstören (ZStW 106, S. 748). Die Kriterien der Strafbegründungsschuld (vor allem die strafrechtliche Verantwortlichkeit des schuldfähigen Menschen) werden ohne weiteres vom Gesetzgeber als gegeben vorausgesetzt und sind deswegen bei der Beurteilung eines praktischen Falls durch den Richter nicht mehr in Frage zu stellen. Defekte im Grad der Motivationsfähigkeit entlasten den Täter bis zur Grenze der Schuldunfähigkeit nicht. Um die Notwendigkeit der positiven Feststellung der Merkmale der Strafbegründungsschuld zu vermeiden, ist gemäß der Struktur des Gesetzes die Möglichkeit von Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen überhaupt nur dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für ihr Vorliegen gegeben sind (ZStW 106, S. 750). Zu Recht geht *Hirsch* bei der Grundannahme der subjektiven Zurechenbarkeit des Unrechts davon aus, daß das Andershandelnkönnen des Menschen im Normalfall außer Zweifel steht und der richterlichen Entscheidung zugrundegelegt werden muß (ZStW 106, S. 751). Den Anknüpfungspunkt für diese Annahme sieht er in der Tatsache, daß „der Mensch sich als grundsätzlich frei empfindet", und zu diesem „gelebten allgemeinen Selbstverständnis" könne sich die Strafrechtsordnung nicht in Widerspruch setzen (ZStW 106, S. 763; ferner neuestens in: *Pływaczewski* [Hrsg.], Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, 1998, S. 201 f). Die Annahme der persönlichen Verantwortlichkeit des geistig und seelisch gesunden Menschen für das eigene Handeln ist, wie wir es im Anschluß an *Gallas* (ZStW 80, S. 3) ausgedrückt haben, „eine unbezweifelbare Realität unseres sozialen und moralischen Bewußtseins" (*Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, 5. Aufl. 1996, S. 412). *Hirsch* lehnt deswegen mit der überwiegenden Lehre Abschwächungen des Schuldprinzips ab. Diese Ablehnung betrifft sowohl den rein funktional als „Derivat der Generalprävention" verstandenen Schuldbegriff *(Jakobs)* als auch die Beschränkung des Schuldprinzips auf die Rolle einer Strafmaßobergrenze (AE § 59), wie auch endlich die Verknüpfung von Schuld und Prävention in dem Begriff der „Verantwortlichkeit" *(Roxin)* (vor § 32 Rdn. 182a, 182b). Schuld und Prävention müssen, wie *Hirsch* zu Recht sagt, als sachlich verschiedenartige Kategorien der Beurteilung einer Straftat unabhängig voneinander und eigenständig begründet werden (ZStW 106, S. 758).

Ausgangspunkt der Lehre von den *Entschuldigungsgründen* und unbestrittene Grundlage für das Verständnis aller Gründe von Straffreiheit ist auch bei *Hirsch* die Unterscheidung von Rechtfertigung und Ent-

schuldigung (Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, in: *Eser/Perron* [Hrsg.], Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. III, 1991, S. 54), deren praktische Bedeutung für Notwehr, Irrtum und Teilnahme er hervorhebt. Von den Entschuldigungsgründen hat *Hirsch* dem entschuldigenden Notstand als Gegenstück zum rechtfertigenden Notstand eine gesonderte Kommentierung von entsprechender Intensität gewidmet (LK, 11. Aufl. 1994, § 35 Rdn. 1–81). § 35 StGB ist für ihn der Hauptfall der Anerkennung der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens durch Gewährung von Straffreiheit. Der Verzicht auf den Schuldvorwurf beruht nach der neueren Lehre, der sich *Hirsch* anschließt, auf zwei Gründen: einmal auf verminderter Schuld infolge der außergewöhnlichen Motivationslage durch das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit, zum anderen auf vermindertem Handlungsunrecht im Hinblick auf den Rettungswillen, der die Handlung des Notstandstäters bestimmt (vor § 32 Rdn. 195). Einbezogen in § 35 StGB sind nur diese drei fundamentalen persönlichen Rechtsgüter und auch nur Gefahren für den Täter selbst, einen Angehörigen oder eine ihm sonst nahestehende Person. Die analoge Anwendung des § 35 StGB auf Fälle der Gefährdung anderer Rechtsgüter und auf Außenstehende ist damit ausgeschlossen (§ 35 Rdn. 10, 30). Erst recht gibt es keinen allgemeinen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (vor § 32 Rdn. 196). Jedoch nimmt *Hirsch* mit der überwiegenden Lehre in der Extremsituation unerträglichen Leidens eines Sterbenden bei übermäßiger Gewissensnot des Helfers sogar für die direkte *aktive* Sterbehilfe einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand in Anspruch (vor § 32 Rdn. 216; Lackner-Festschrift, 1987, S. 165; Welzel-Festschrift, 1974, S. 796; siehe hierzu auch den Fall BGHSt. 32, 367, 380 f). Zwei schwer zu interpretierende Regeln des § 35 StGB finden bei *Hirsch* eine überzeugende Erklärung. Die Zumutbarkeit der Gefahrtragung für Personen in einem Rechtsverhältnis, das typischerweise mit erhöhten Gefahren verbunden ist (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB), beruht nicht auf generalpräventiven Erwägungen, sondern darauf, daß vom Schutzpflichtigen verlangt wird, dem typischen Motivationsdruck durch persönliche Disziplin zu widerstehen, so daß die Schuld nicht vermindert ist, wenn er versagt und sich auf Kosten anderer rettet. Auch das Handlungsunrecht ist nach *Hirsch* nicht vermindert, wenn jemand seine Schutzpflicht verletzt, um sich selbst unter Preisgabe der ihm anvertrauten Rechtsgüter der Gefahr zu entziehen; der Rettungswille des Handlungspflichtigen in bezug auf die eigene Person entlastet ihn deswegen nicht (§ 35 Rdn. 53). Daß die für andere Fälle vorgesehene Strafmilderung (z. B. bei Verlet-

zung einer Garantenpflicht durch den Unterlassungstäter nach § 13 Abs. 2 StGB) dem Notstandstäter hier versagt wird, zeigt den hohen Rang an, den der Gesetzgeber den Pflichten, auf die sich § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB bezieht, – auch im Hinblick auf § 6 WStG – beigemessen hat (§ 35 Rdn. 68). *Hirsch* erklärt ferner die strenge „Vorsatzlösung" beim vermeidbaren Putativnotstand (§ 35 Abs. 2 Satz 1 StGB) damit, daß diese die unerwünschte Konsequenz der von der Rechtsprechung früher angewendeten „Fahrlässigkeitslösung" vermeidet, nämlich den erforderlichen Strafschutz (für das Opfer) unangemessen zu verkürzen, wobei Härten aber durch die obligatorische Strafmilderung nach §§ 35 Abs. 2 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB aufgefangen werden können (§ 35 Rdn. 73).

Hirsch hat auch *zu aktuellen Streitfragen* oft seine Stimme erhoben, so erst kürzlich wieder bei dem Konflikt zwischen dem 4. und dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs über die Rechtsfigur der „actio libera in causa" (BGHSt. 42, 235; BGH JR 1997, 391 m. Anm. *Hirsch*) zugunsten von deren Beibehaltung. Seine Lösung über die Verwendung der eigenen Person als „mittelbarer Täter" (ausführlich begründet in dem Beitrag zur Nishihara-Festschrift, 1998) erscheint mir freilich zu konstruiert; die offene Anerkennung einer Ausnahme vom Koinzidenzmerkmal des § 20 StGB unter Berufung auf die nur beschränkte Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG im Bereich der gewohnheitsrechtlich fest etablierten Rechtsbildungen des Allgemeinen Teils wäre der direktere Weg zu einem Ergebnis, das mir, ebenso wie *Hirsch*, gerechter erscheint und auch volkstümlicher ist als die Verlagerung des Problems auf § 323a StGB[10].

Den wesentlichen Ertrag seiner eigenen Arbeiten zur Dogmatik des Allgemeinen Teils hat *Hirsch* in einem aus zahlreichen Vorarbeiten, auch mehreren Auslandsvorträgen, erwachsenen Überblick über die *Gesamtentwicklung der Strafrechtsdogmatik* in Deutschland in diese hineingestellt und ihr auch entgegengestellt („Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399 ff). Die starke Bindung an den Lehrer tritt schon im Titel hervor und gibt dem Ganzen seine Geschlossenheit. *Hirsch* bedauert, daß das methodische Anliegen

[10] *Hirsch* versteht übrigens § 323a StGB mit Rücksicht auf das Schuldprinzip entgegen der herrschenden Meinung als *konkretes* Gefährdungsdelikt, was die Anwendbarkeit der Vorschrift stark einschränken würde; siehe den Vortrag über die „Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland", in: Beiträge zum VI. Deutsch-Jugoslawischen Juristentreffen in Köln 1980, Beiheft zur ZStW 1981, S. 16.

Welzels, „die Strafrechtsdogmatik auf den Phänomenen der Wirklichkeit aufzubauen", durch den normativistischen Ansatz in der Gegenwart zurückgedrängt worden ist. Er lehnt darum auch hier die Lehre von der objektiven Zurechnung ebenso ab wie die soziale Handlungslehre. Dem extremen Subjektivismus in der Unrechtslehre stellt er die subjektiv-objektive Sinneinheit des Tatbestandes entgegen und begrüßt deswegen die von *Welzel* begründete Tatherrschaftslehre, die auf dieser Sinneinheit beruht. Die zweckrationale (funktionale) Richtung bringt nach *Hirsch* nur insofern etwas Neues, als sie „die Strafzwecke direkt bei den einzelnen Deliktsmerkmalen" berücksichtigen will, während die herkömmliche Lehre dies sachgerecht erst bei den Rechtsfolgen tut. Insbesondere führe die Einordnung der Schuld in die Generalprävention zu deren „völliger Entindividualisierung". Positiv beurteilt *Hirsch* in der neueren Entwicklung der Dogmatik außer der Tatherrschaftslehre die Auffassung des Erlaubnistatbestandsirrtums als Schuldproblem, die überwiegende Ablehnung der Risikoerhöhungslehre, die Anerkennung des Unmittelbarkeitszusammenhangs bei den erfolgsqualifizierten Delikten und die Verfeinerung der Rücktrittslehre. In der Zurückhaltung gegenüber der Berücksichtigung eines Vorverschuldens (z. B. bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums oder bei der Beurteilung von Affekttaten) deutet sich schon sein späterer Standpunkt zur Lehre von der actio libera in causa an, die er damit begründet, daß er die „actio praecedens" in den Tatbestand hineinnimmt. Sehr eindrucksvoll heißt es zum Schluß, daß „dem Täter ein gerechter Schuldausgleich gebührt" und daß es bei der Strafe deswegen „gegenüber dem Täter um eine gerechte Ahndung geht" (S. 425) und erst in zweiter Linie um die Generalprävention.

III. Strafrechtsdogmatik – Besonderer Teil

Im Besonderen Teil steht für *Hirsch* die Bearbeitung der *Körperverletzungsdelikte* im Vordergrund, vielleicht weil gerade hier Grundprobleme des Allgemeinen Teils in ihrer sozialen Realität besonders deutlich in Erscheinung treten. Nur auf diese Punkte möchte ich hier eingehen, da sie *Hirsch* in seiner stets das Grundsätzliche aufsuchenden Haltung charakterisieren.

In den ausführlichen Erläuterungen der §§ 223–233 StGB in der 10. Auflage des LK (1989) ist seine Meinung zu diesen Punkten dargelegt. Der erste betrifft das Rechtsgut der §§ 223 ff. Es ist die körperliche Unversehrtheit des Menschen, der erst mit dem Beginn der Geburt als solcher rechtlich vorhanden ist, so daß in den Contergan-Fällen keine

Körperverletzung gegeben war, obwohl die betroffenen Kinder mit schweren Körperschäden zur Welt kamen (vor § 223 Rdn. 7). Gegenüber der bekannten Auffassung der Rechtsprechung, die im ärztlichen Heileingriff stets eine tatbestandsmäßige Körperverletzung sieht, die durch rechtfertigende Einwilligung des Patienten straflos werde (§ 226a Rdn. 14), verweist *Hirsch* auf den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 österr. StGB; §§ 161, 162 E 1962: § 123 AE) als den allein sachgerechten Weg (vor § 223 Rdn. 3–6; § 226a Rdn. 14–37), würde aber wohl bis zur Einführung dieses Tatbestandes der Rechtsprechung wegen der sonst unausweichlichen Straflosigkeit ungenehmigter Eingriffe durch Ärzte die Gefolgschaft nicht versagen. Die Möglichkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung wird von *Hirsch* als Rechtfertigungsgrund nachdrücklich verteidigt, zumal die Subjektivierung des Rechtsguts hier ganz unvertretbar wäre. Die Regelung der Einwilligung des Verletzten in § 226a StGB betone auch eindeutig ihren Charakter als Rechtfertigungsgrund (§ 226a Rdn. 1). Jedoch müsse die Limitierung anders als durch das anfechtbare Kriterium der „Sittenwidrigkeit der Tat" erfolgen, etwa durch Einführung der schweren Körperverletzung als Grenze (Welzel-Festschrift, 1974, S. 799). Die Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift wegen der für die Rechtssicherheit bedenklichen Verweisung auf den unbestimmten Begriff der „guten Sitten" teilt *Hirsch* im Ergebnis nicht (§ 226a Rdn. 2); er zeigt aber, daß mit dem Abstellen auf den „Zweck der Tat" Gesichtspunkte eingeführt werden, die die Sittenwidrigkeit der Einwilligung selbst betreffen und damit die Bezogenheit auf das Rechtsgut verfehlen (§ 226a Rdn. 9; Waseda-Festschrift, 1988, S. 868 ff mit Rechtsvergleichung zu Japan). Jedenfalls dürfe die Vorschrift auf andere Tatbestände nicht ausgedehnt werden (§ 226a Rdn. 1). Ihre praktische Bedeutung hat sie besonders für die Einwilligung in Sportverletzungen, etwa beim Fechten, Boxen, Fußball und anderem Kampfsport, die bei „adäquatem Verlauf der betreffenden Sportart" durch die Einwilligung gedeckt sind, nicht aber bei „vorsätzlicher schwerer Mißachtung der Sportregeln" (§ 226a Rdn. 12). Die Erläuterungen zur fahrlässigen Körperverletzung bringen ausführliche Übersichten über die vielgestaltige Rechtsprechung, insbesondere eine nach Sachgebieten geordnete Darstellung der Praxis zur fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr (§ 230 Rdn. 18–45). Dieser Teil zeigt erneut *Hirschs* starkes Interesse für die praktische Seite der Strafrechtsnormen und ihrer Auslegung.

Der schon weiter zurückliegende Vortrag *Hirschs* zur *Reform der Körperverletzungsdelikte* (ZStW 83 [1971], S. 140 ff) hat noch immer Bedeutung durch die Empfehlung der Ausgliederung des Bagatellunrechts aus

dem Kriminalstrafrecht (S. 146) und die Ablehnung der beiden divergierenden Vorschläge zur Neufassung der Einwilligungsvorschrift (S. 165 ff), nämlich die des E 1962 (Verwerflichkeitslösung) und des AE (überhaupt keine Einschränkung). Die große Arbeit über die Reform des Besonderen Teils in der Asúa-Gedächtnisschrift[11] ist vor allem wichtig durch die methodische Kritik an der Reformarbeit im Besonderen Teil, insbesondere wegen der zu geringen Beteiligung der Wissenschaft und der unsystematischen Eingriffe in den Bestand des geltenden Rechts durch Teilreformen. Diese Kritik klingt schon in dem Aufsatz zur Reform des § 113 StGB in der Klug-Festschrift, Bd. II, 1983, S. 254 f, an.

IV. Kriminalpolitik und Strafrechtsreform

Nächst der Dogmatik des Allgemeinen Teils steht bei *Hirsch* die Kriminalpolitik und die Strafrechtsreform im Vordergrund des Interesses. Er folgt damit seinem Lehrer *Max Grünhut*, der ihn schon früh davon überzeugt hatte, daß es für die wissenschaftliche Arbeit am Strafrecht nicht nur auf die dogmatische Konstruktion, sondern vor allem auf den sozialen Zweck des Strafrechts ankommt (s. oben Einleitung).

1. Die *große Strafrechtsreform* der fünfziger und sechziger Jahre folgte „unmittelbar auf eine Blütezeit der dogmatischen Diskussion" (Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987, S. 72). *Hirsch* betrachtet dementsprechend im *Rückblick* die Neugestaltung des Allgemeinen Teils, jedenfalls was die dogmatischen Bestimmungen anlangt, „als eine ausgewogene und daher dauerhafte gesetzgeberische Leistung" (Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1986, S. 165). Er betont vor allem die zentrale Stellung des Schuldprinzips, insbesondere als Schutz des Beschuldigten gegen Ermessensmißbrauch und Übermaß bei der Bestimmung der Strafe (S. 134), er lobt die Regelung des Verbotsirrtums nach der Schuldtheorie unter Offenlassen des Erlaubnistatbestandsirrtums und begrüßt die Vorsatzakzessorietät der Teilnahme (Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, S. 49 ff, 53 ff). *Hirsch* konstatiert aber auch hier einen „großen Qualitätsunterschied" zwischen dem neuen Allgemeinen Teil und den Teilreformen des Besonderen Teils (Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 157). In diesem Zusammenhang kritisiert er unter anderem die Methode der unbenannten besonders schweren Fälle und die

[11] Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial usw., in: Estudios de derecho penal en homenage al Profesor Luis Jiménez de Asúa, 1986, S. 395 f.

Einführung der Regelbeispiele, die eine „Umetikettierung" von Qualifikationsmerkmalen in Strafzumessungsgesichtspunkte darstellten und damit das Gesetzlichkeitsprinzip abschwächten (Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, S. 69). Ein Defizit des Besonderen Teils sei ferner das Fehlen einer Reform der Tötungsdelikte, insbesondere das Ausbleiben einer Milderungsvorschrift für Mord, die es ermöglichen würde, die absolut angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden, wenn nach der Schuld des Täters nur eine zeitige Freiheitsstrafe gerechtfertigt erscheint. Die Entscheidung BGHSt. (GS) 30, 105, die entgegen dem Gesetzestext aus eigener richterlicher Machtvollkommenheit einen übergesetzlichen Strafmilderungsgrund aufstellt, überschreitet jedoch nach *Hirsch* „die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung" und bewirkt „einen Schwund an Rechtssicherheit" (Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 155).

Den *Schwerpunkt* der *Reform* sieht *Hirsch* zu Recht „in der inhaltlichen Ausgestaltung der Rechtsfolgenregelung" (S. 135). Er bekennt sich zu den großen Reformzielen der „Resozialisierung, Entkriminalisierung und Humanisierung" (S. 159), beklagt aber auch „eine gewisse Phantasielosigkeit" des Reformgesetzgebers bei der Neuregelung der Rechtsfolgen (S. 162). So sei die reformierte Geldstrafe als einzige Alternative zur Freiheitsstrafe nicht ausreichend; durch gemeinnützige Arbeit als Hauptstrafe und Wochenendarrest hätten Zwischenstufen zwischen Freiheits- und Geldstrafe in den Sanktionenkatalog eingebaut werden sollen (S. 137). Wiederholt richtet sich seine Kritik gegen die Behandlung der Bagatellkriminalität; sie betrifft einen besonders schwierigen und bisher unerledigt gebliebenen Teil der Reformproblematik. Das Privatklageverfahren biete dem Verletzten heute praktisch keinen Schutz mehr und müsse durch ein andersartiges, auch gerichtliches, aber nicht kriminalrechtliches Verfahren abgelöst werden. *Hirsch* denkt hier an die Einführung eines neuen Typs der Unrechtshandlung, den er „Verfehlung" nennt (Lange-Festschrift, 1976, S. 815 ff). Auch die Lösung über die bedingte Einstellung des Strafverfahrens gegen Zahlung einer Geldbuße nach § 153a StPO wird von *Hirsch* abgelehnt. Seine Gründe sind der Einbruch in das Legalitätsprinzip auf der ganzen Breite der mittleren Kriminalität, die Einführung einer Sanktionskompetenz der Staatsanwaltschaft, die Abschwächung der Unschuldsvermutung, die Abkehr von der Pflicht zur Feststellung der materiellen Wahrheit, die Bevorzugung von Straftätern, die sich eine hohe Geldbuße und einen guten Verteidiger leisten können, sowie die Ausdehnung des Verfahrens weit über den Bereich der wirklichen Bagatellkriminalität hinaus (ZStW 92 [1980], S. 221 ff; Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 140 ff). Diese

Gründe sind gewiß schwerwiegend, man muß sich jedoch fragen, wie die Strafjustiz bei der hohen prozeßökonomischen Bedeutung, die das Verfahren nach § 153a StPO inzwischen gewonnen hat, ohne diese Form der Erledigung auskommen sollte, die auch für den Beschuldigten Vorteile hat und deswegen von den Verteidigern angestrebt wird.

2. Neue Lösungen in der Kriminalpolitik, die heute propagiert werden, hat *Hirsch* sich teilweise zu eigen gemacht, überwiegend aber abgelehnt.

Einen Schritt weit ins Neuland hinein hat *Hirsch* durch die *Anerkennung der Straffähigkeit der Personenverbände* getan (Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; ZStW 107 [1995], S. 285 ff). Er bejaht sowohl die Handlungsfähigkeit als auch die Schuldfähigkeit der Verbände, stützt sich dabei allerdings stark auf die präjudizielle Regelung des § 30 OWiG, die nach meiner Ansicht freilich selbst noch der Begründung bedürfte. Am schwierigsten wird es, wenn *Hirsch* den von ihm ausdrücklich bejahten ethischen Gehalt der Kriminalstrafe gegenüber einem Personenverband zu rechtfertigen sucht. Er beschränkt sich dabei auf die Erklärung, daß gegen den Verband wegen der Normverletzung ein Schuldvorwurf erhoben werden könne; deswegen sei der Verband auch „im ethischen Sinne ausreichend Person, um Adressat der Bestrafung sein zu können" (S. 19). Dagegen läßt sich immerhin einwenden, daß der Verband nach bisherigem Recht Adressat einer Norm nur im Sinne der zivil-, verwaltungs- und ordnungsrechtlichen Haftung für eine Normverletzung durch seine Organe ist, aber nicht selbst als Träger eigener ethischer Pflichten betrachtet wird. Auch ein eigenes „Verbandsverschulden" läßt sich an „Mängeln bei der Auswahl und der Überwachung der Organe, sonstigen Organisationsmängeln, kriminogener Geschäftspolitik usw." (S. 26) kaum festmachen, da es sich hierbei ebenfalls immer nur um das Verschulden der Organe, beim Verband aber um Haftung für fremdes Verschulden handelt. Auch die Bejahung eines praktischen Bedürfnisses für die Einführung der Strafbarkeit der Personenverbände würde m. E. den Nachweis voraussetzen, daß § 30 OWiG, auch in Verbindung mit § 130 OWiG, kriminalpolitisch nicht ausreicht, um der „Verbandskriminalität" wirksam zu begegnen, und aus welchen Gründen diese Vorschriften nicht ausreichen.

Dagegen ist *Hirsch* dem verbreiteten und in § 46a StGB auch durchgedrungenen Gedanken entschieden entgegengetreten, daß *Wiedergutmachung* des Schadens einer Straftat durch den Täter gegenüber dem Verletzten auch die an sich verdiente Strafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe ersetzen könne („Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums", in: *Eser/Kaiser/Madlener* [Hrsg.], Neue Wege der Wiedergutmachung, 1990, S. 377 ff; ZStW 102 [1990], S. 534 ff). Wiedergutmachung kann

zwar, wie *Hirsch* zu Recht sagt, die Strafe mildern sowie als Auflage bei der Strafaussetzung zur Bewährung und bei der bedingten Einstellung des Strafverfahrens verwendet werden, aber sie kann nicht „eine selbständige strafrechtliche Sanktion" bilden. Die Strafe dient der gerechten Ahndung der Tat und soll eine *davon ausgehende* Auswirkung auf den Täter und die Allgemeinheit ausüben. Die Wiedergutmachung dient dagegen der Erfüllung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs des Verletzten, zu der der Täter ohnehin verpflichtet ist (S. 541). Eine Ahndung von Unrecht und Schuld kann sie nicht sein und deswegen auch nicht die davon ausgehende Präventionswirkung haben. Die Unterscheidung von Strafe und Schadensersatz sei somit nicht, wie dagegen eingewendet wird, „doktrinär", sondern bringe die inhaltliche Verschiedenheit der beiden Rechtsfolgen der Straftat nach ihrem Sinn und Zweck juristisch zutreffend zum Ausdruck (S. 542). Man fühlt sich angesichts der modischen Begeisterung für die Wiedergutmachung an den in dem Referat von *Weigend*[12] „Wiedergutmachung in den USA" enthaltenen Satz erinnert, daß dort niemand gegen sie auftritt, aber auch „näheres Nachdenken verpönt ist".

Zu neuen Wegen der Verbesserung der *Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren* hat *Hirsch* in der Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 699 ff, Stellung genommen. Die Ausdehnung des Klageerzwingungsverfahrens auf „Ermessens"-Einstellungen wird von ihm befürwortet und mit dem „Genugtuungsinteresse" und dem „Gerechtigkeitsbedürfnis" des Verletzten begründet (S. 704 f). Gegenüber der Forderung nach einer aktiven Beteiligtenposition des Verletzten am Strafverfahren verweist *Hirsch* jedoch darauf, daß es im heutigen Strafverfahren „um den das öffentliche Interesse repräsentierenden staatlichen Strafanspruch" geht, der eine „Objektivierung des Strafverfahrens" bewirkt und dieses aus guten Gründen von „Rachsucht und Emotionen" freigemacht habe (S. 713 f). *Hirsch* verwirft deswegen auch die weitere Ausdehnung des Nebenklagerechts und beschränkt den Verletzten auf eine neu einzuführende Rechtsmittelbefugnis, weil dadurch ein dem Genugtuungsbedürfnis funktional entsprechender und auch ausreichender Weg der Berücksichtigung seiner Interessen eröffnet werden würde (S. 715). An die Stelle des in der Praxis kaum verwendeten Adhäsionsverfahrens sollte „die Bindung der Zivilgerichte an die strafrechtliche Verurteilung" treten (S. 717).

[12] *Eser/Kaiser/Madlener* (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990, S. 110.

Der vielfach propagierten Neuorientierung des Strafrechts an Zukunftsaufgaben ist *Hirsch* im übrigen nicht gefolgt (s. „Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?" in: *Kühne/Miyazawa* [Hrsg.], Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995, S. 11 ff; übereinstimmend in: *Hirsch/Hofmański* u. a. [Hrsg.], Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Strafprozeßrecht, Białystok 1996, S. 42). Er unterschätzt die neuen Formen der Kriminalität keineswegs, wie sie uns als Folge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts (Umstellung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs auf Computer, Gefahren der Atomanlagen, Mißbrauch der Gentechnologie), mit dem Erscheinen neuer Rechtsgüter (Umweltschutz) und als „organisierte Kriminalität" entgegentreten, lehnt aber radikale Lösungsvorschläge ab. Dies gilt einmal für den Rückzug des Strafrechts auf einen „Kernbereich" und seine Ersetzung auf dem dadurch frei werdenden Feld durch das Ordnungswidrigkeitenrecht bzw. ein neues „Interventionsrecht", das zwischen diesem und dem Strafrecht stehen und mit geringeren prozessualen Garantien sowie weniger intensiven Sanktionen ausgestattet sein soll *(Hassemer)* (S. 28). Seine Ablehnung trifft aber ebenso die Idee, daß das Strafrecht umgekehrt die Bekämpfung aller neuen Kriminalitätsformen, soweit diese die Zerstörung der Grundlagen des künftigen Lebens in der Welt besorgen lassen, selbst voll übernehmen solle, dafür aber mit einem neuen Instrumentarium ausgerüstet werden müsse *(Stratenwerth)* (S. 29). Gegen beide Vorschläge spreche, wie man *Hirsch* zugeben muß, die Unklarheit des Vorgeschlagenen. *Hirsch* wendet sich auch gegen die Preisgabe des Rechtsgutsbegriffs auf dem Gebiet der Zukunftssicherung und damit gegen den Vorschlag, das Strafrecht auf den Schutz bloßer Verhaltensgebote ohne Rechtsgutsbezug umzustellen *(Stratenwerth)*. Der Rechtsgutsbegriff sei vielmehr zu erhalten und zu präzisieren als „eine Barriere gegenüber Irrationalität und Verschwommenheit im Strafrecht" (S. 17). Zur sinnvollen Beschränkung des Strafrechts in der Zukunft verweist *Hirsch* auf das Subsidiaritätsprinzip und die Verantwortung der Institutionen im „Primärbereich" (S. 30). Das Schlimme ist freilich – dieser Einwand drängt sich auf –, daß diese Institutionen selbst anfällig geworden sind, wie die unerwartete Ausdehnung der Kriminalität gerade im Primärbereich anzeigt (Bestechung und Bestechlichkeit, Korruption, Machtmißbrauch, Untreue bei der öffentlichen Hand, Bereicherung von Richtern und Beamten bei Nebentätigkeiten, Beteiligung von Banken an der Steuerhinterziehung, Betrug durch Ärzte zum Nachteil der Krankenkassen, Verfälschung und fälschliche Aufstellung wissenschaftlicher Daten durch die beteiligten Wissenschaftler selbst).

V. Strafrechtsvergleichung

Hirsch hat sich in seiner wissenschaftlichen Arbeit auch intensiv der Strafrechtsvergleichung zugewendet. Die Kölner Juristenfakultät gibt ihm dafür Vorbilder und Anregungen in mehreren Fachdisziplinen, die gut ausgestatteten Kölner Bibliotheken erlauben ihm, das „Zugangsproblem" zu Quellen und Schrifttum des Auslands zu lösen, die Kölner Universität zieht in seinem Fach zunehmend ausländische Gäste an, denen er ein aufgeschlossener und hilfsbereiter Förderer und Gesprächspartner ist. Insbesondere sind aus der Schar dieser Gäste zahlreiche rechtsvergleichende Dissertationen unter seiner Leitung entstanden. Seine vom Gesetzespositivismus unabhängige, rein auf wissenschaftliche Erkenntnis ausgerichtete Einstellung (hierzu sein Beitrag „Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?", Spendel-Festschrift, 1992, S. 43 ff), führte ihn ohne Vorurteile an ausländische Strafrechtsordnungen mit ihren spezifischen Lösungen und Begründungen heran und erleichterte ihm die Diskussion mit Kollegen aus anderen Rechtskreisen. *Hirsch* hat von diesen Möglichkeiten vielfach Gebrauch gemacht.

Frühzeitig begann er damit, in *eigenen Arbeiten* ausländisches Strafrecht heranzuziehen. So enthält schon die Habilitationsschrift über „Ehre und Beleidigung" (S. 40–42) einen Abschnitt über den Standpunkt der wichtigsten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zu der kriminalpolitischen Grundfrage seines Themas: *Ehren*schutz oder *Friedens*schutz? In dem deutschen Landesbericht über die Behandlung der Bagatellkriminalität für die Lausanner Tagung für Rechtsvergleichung von 1979 findet sich weiter eine Auseinandersetzung mit der materiellrechtlichen Lösung des § 42 österr. StGB als Gegenstück zu dem von ihm abgelehnten prozessualen Weg in § 153a dt. StPO (ZStW 92 [1980], S. 236–239). Voll entwickelt ist die rechtsvergleichende Methode in dem Beitrag zur Waseda-Festschrift über „Probleme der Körperverletzungsdelikte im deutschen und japanischen Strafrecht" (S. 853 ff). Zweimal wurde er mit der Aufgabe betraut, die Ergebnisse internationaler rechtsvergleichender Kolloquien in einer Synthese zusammenzufassen, so im Jahre 1980 am Schluß des deutsch-italienischen Kolloquiums zur Strafrechtsreform in Turin[13], ferner im Jahre 1989 am Ende der fünf Arbeitssitzungen des Wiedergutmachungskolloquiums in Freiburg[14].

[13] Schlußbemerkungen aus deutscher Sicht, in: *Jescheck* (Hrsg.), Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien, 1981, S. 153–163.

[14] Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Fragen weiterer Forschungen, in: *Eser/Kaiser/Madlener* (Anm. 12), S. 377.

Wichtig für die internationale Vertretung der deutschen Strafrechtswissenschaft und für die persönliche Beziehung zu Kollegen und Fakultäten in anderen Ländern sind weiter die *Vorträge*, die *Hirsch* in Japan, Korea, Griechenland, Polen, Spanien und der Türkei gehalten hat. Selbst im fast vergessenen Estland hat er sich für die dortigen Vorarbeiten zur Strafrechtsreform persönlich eingesetzt und dadurch an der Lösung der Probleme des durch die frühere Besatzungsmacht schwer geschädigten Landes beim Übergang aus dem sowjetischen Imperium in die Freiheit eines souveränen westlichen Staates mitgewirkt[15]. Durch die mit den Vorträgen verbundenen *Auslandsreisen* hat *Hirsch* auch immer die für die Rechtsvergleichung unerläßliche persönliche Anschauung zu gewinnen gesucht. Er traf dabei auf die Grundfragen der Rechtsvergleichung, wie ausländisches Strafrecht in der Praxis angewendet wird, in welchem Verhältnis materielles Strafrecht und Strafprozeßrecht zueinander stehen, welche Bedeutung die Strafrechtswissenschaft für die Rechtsprechung hat, welchen Einfluß die obersten Gerichte, insbesondere auch die Verfassungsgerichte, auf die Handhabung des Strafrechts ausüben, welche Rolle Honoratioren und Autoritäten spielen und welche Chance die jüngere Generation des Landes besitzt, auf die zukünftige Strafrechtsentwicklung einzuwirken. Durch all diese Bemühungen hat er hohes Ansehen im Ausland gewonnen.

Hirsch hat auch selbst rechtsvergleichende *Kolloquien* mit hervorragender internationaler Beteiligung vorbereitet, organisiert und geleitet. Eröffnet wurde diese besonders erfolgreiche und fruchtbare Seite seiner Tätigkeit durch das deutsch-spanische Strafrechtskolloquium 1986 in Köln mit den drei Themen „Dogmatischer Teil der Strafrechtsreform", „Sanktionensystem", „Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität" und dem Einleitungsvortrag von *Hünerfeld* „Die Beziehungen der deutschen zur spanischen Strafrechtswissenschaft"[16]. Es folgte das zusammen mit *Thomas Weigend* veranstaltete deutsch-japanische Strafrechtskolloquium 1988, ebenfalls in Köln, mit den Themen „Kriminalpolitik", „Entwicklung der Strafrechtsdogmatik", „Versuchslehre", „Schuldlehre", „Gesetzlichkeitsprinzip", einem Eröffnungsvortrag von *Nishihara* über „Die Rezeption des deutschen Strafrechts in Japan in historischer Sicht" sowie einem Festvortrag von *Ishikawa* über „Bewußtsein des Volkes und das System der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten"[17]. Diese Initiative

[15] Probleme einer Strafrechtsreform hinsichtlich der allgemeinen Straftatvoraussetzungen, Juridica (Tallinn), 1995, S. 402 ff (estnisch).

[16] *Hirsch* (Hrsg.), Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987.

[17] *Hirsch/Weigend* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989.

Hirschs hat fortgewirkt in einem II. Deutsch-Japanischen Kolloquium 1994 in Tokio[18] und einer dritten deutsch-japanischen Veranstaltung, die 1997 in Trier stattgefunden hat (die Synthese von *Roxin* ist jetzt in ZStW 110 [1998] S. 806 ff veröffentlicht). *Hirsch* war auch Mitveranstalter der deutsch-polnischen Strafrechtskolloquien 1994 in Halle[19] und 1995 in Białystok und Rajgród (oben Fn. 9).

Zu danken ist *Hirsch* endlich die Auswahl der Themen und Redner sowie die Leitung von fünf Arbeitssitzungen der strafrechtlichen Fachgruppe in der *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*: 1989 in Würzburg („Die Maßregeln der Besserung und Sicherung"), 1991 in Saarbrücken („Reform des Strafverfahrens in Europa"), 1994 in Berlin („Strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht"), 1996 in Jena („Strafrechtlicher Schutz des Vermögens gegen Täuschung") und 1997 in Graz („Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht").

VI. Rechtstheorie, Rechtsphilosophie

Auch die Arbeiten von *Hirsch* zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie sind für seine Denkweise kennzeichnend. Sie betreffen stets aktuelle Probleme, die aber von ihm anhand von allgemeinen Fragestellungen in grundsätzlicher Weise erörtert werden. Der ihm zu Gebote stehende Überblick über die dem Strafrecht benachbarten Rechtsgebiete erleichtert ihm dabei die Orientierung und Bewertung.

1. Sein immer wiederkehrendes Thema ist die *Bindung des Richters an das Gesetz* (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG).

In der Antrittsvorlesung, die er als Privatdozent am 9. 6. 1966 in Bonn über „Richterrecht und Gesetzesrecht" gehalten hat (JR 1966, 334), erörtert *Hirsch* kritisch die Ausdehnung der Geldentschädigung für immaterielle Schäden, die im Gesetz (§§ 847, 253 BGB) abschließend nur für die Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit vorgesehen ist, auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BGHZ 26, 349). *Hirsch* sieht in dieser Rechtsprechung Gefahren für die Rechtssicherheit durch ein selbstgeschaffenes Recht der Richter. Diese liegen nach seiner Ansicht in dem Eindringen individueller Wertvorstellungen des jeweiligen Entscheidungsträgers in die gesetzlich festgelegte Rechtsordnung, da es ein anwendbares Naturrecht, auf das der

[18] *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995.

[19] Bericht von *Waşek/Zieschang*, ZStW 107 (1995), S. 441 ff.

Richter bei der Rechtsschöpfung aus eigener Macht zurückgreifen könnte, nicht gebe. Das an sich richtige Bestreben der Gerichte, die Erstarrung von kodifiziertem Recht durch eigene Initiativen zu verhindern, dürfe über die anerkannten Grenzen der Auslegung des Gesetzes nicht hinausführen. Echtes Richterrecht verletze den fundamentalen Grundsatz der Gewaltenteilung und bedeute im Grunde nichts anderes als „Rechtsbruch" (S. 341).

Hirsch wendet sich ferner in einem Aufsatz „Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht" (Engisch-Festschrift, 1969, S. 304 ff) gegen die mit BGHZ (GS) 18, 149 einsetzende Ausdehnung des § 847 BGB vom Schadensausgleich auf eine *Genugtuungs- und Sühnefunktion*. Er erblickt darin eine Rückkehr zur alten Privatstrafe, die wegen des Übergangs zur öffentlichen Strafe in der neueren Geschichte des Strafrechts abgeschafft worden sei und für deren Wiedereinführung es an einer gesetzlichen Grundlage und an den notwendigen strafrechtlichen Garantien fehle. § 847 BGB müsse streng auf den Ausgleich des immateriellen Schadens beschränkt bleiben und dürfe nicht zur Grundlage einer Geldbuße zugunsten des Verletzten umgewandelt werden. *Hirsch* ist damit nicht durchgedrungen. Er hat seinen Standpunkt von der Notwendigkeit einer strengen Unterscheidung von Schadensersatz und Strafe auch gegenüber der Wiedergutmachung als Ersatz von Strafe wiederholt geltend gemacht (siehe oben S. 17 f) – auch hier ohne Gehör zu finden, wie die Einführung des § 46 a 2. Halbsatz StGB zeigt.

In dem Beitrag zur Tröndle-Festschrift 1989, S. 19 ff („Zum Spannungsverhältnis zwischen Theorie und Praxis"), äußert sich *Hirsch* grundsätzlich zu den unterschiedlichen Aufgaben, die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung gestellt sind (S. 37 f). Der Richter sei „mit einem konkreten Fall befaßt" und bestrebt, „diesen zu einer ihm gerecht erscheinenden Entscheidung zu bringen". Die Wissenschaft habe dagegen „das Gesamtgefüge eines Rechtsgebiets vor Augen" und sei „darauf ausgerichtet, durch Systematisierung generelle Lösungen zu entwikkeln". „Das Streben der Praxis nach gerechter Entscheidung" müsse jedoch seine Grenze „an der fragmentarischen Natur des Strafrechts" finden. Zum „Ersatzgesetzgeber" sei der Strafrichter nicht berufen. Diese These erörtert *Hirsch* an mehreren Beispielen. Interessant ist vor allem, daß er hier – lange vor der Entscheidung BVerfGE 92, 1, 18 f – die Ausdehnung des Gewaltbegriffs im Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) auf Sitzblockaden kritisiert hat. Der BGH habe damit „den Boden der deutschen Sprache verlassen"; Sitzblockaden hätten „einer selbständigen tatbestandlichen Vertypung" bedurft, wenn sie strafbar sein sollten (S. 25 ff). Bemerkenswert ist auch seine Kritik an der Ablehnung

einer straflosen Beihilfe zum Selbstmord (durch Unterlassen) im Wittig-Fall durch den 3. Strafsenat (BGHSt. 32, 367) (S. 29 ff). Übereinstimmend mit *Hirsch* hat der 2. Strafsenat (NJW 1988, 1532) demgegenüber entschieden, „ein ernsthafter, freiverantwortlich gefaßter Entschluß des Patienten zur Selbsttötung ist vom Arzt zu respektieren" und hat dadurch die Grenze der strafrechtlich sanktionierten Garantenpflicht des Arztes gegenüber dem Suizid-Patienten zutreffend gekennzeichnet.

2. Ein *Grundproblem der juristischen Logik* wird von *Hirsch* in dem Beitrag zur Bockelmann-Festschrift (1979, S. 89 ff) „Strafrecht und rechtsfreier Raum" erörtert. Es gebe zwar Bereiche, so sagt er, die jenseits des rechtlichen Regelungsgebiets liegen, doch komme dies niemals in Fällen eines tatbestandsmäßigen Verhaltens in Betracht (S. 96). „Wenn etwas von einem generellen rechtlichen Verbot erfaßt ist, dann besteht nur noch die Alternative zwischen ‚rechtswidrig' und ausnahmsweise rechtlich erlaubt; eine dritte Möglichkeit ist logisch ausgeschlossen" (S. 100). Dies gelte insbesondere auch für die Fälle des straffreien Schwangerschaftsabbruchs. Deswegen hatte man sich auch bei der geltenden Fristenlösung mit Beratung der Schwangeren zu entscheiden, ob der Schwangerschaftsabbruch in diesem Fall rechtswidrig bleibt oder gerechtfertigt ist. BVerfGE 88, 299 f hat dazu bekanntlich ausgesprochen: „Das Beratungskonzept kann nicht zu einer Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs führen". Dies hat in § 218a Abs. 1 StGB zu der Formulierung geführt „Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht"[20], während die Indikationen in § 218a Abs. 2 und 3 StGB klar als Rechtfertigungsgründe gekennzeichnet sind. *Hirsch* hat die Lehre vom rechtsfreien Raum auch für alle ähnlichen Konfliktsituationen (z. B. Notstand, Pflichtenkollision, Abwägung von Leben gegen Leben) abgelehnt.

3. In einem Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft über das Thema „Strafrecht und Überzeugungstäter" (1996) hat *Hirsch* zu der Frage Stellung genommen, wie die Bindung des Strafrichters an die Verfassung zu verstehen ist, wenn sich der Beschuldigte auf *Gewissensfreiheit* nach Art. 4 GG oder auf „zivilen Ungehorsam" beruft. Der Vortrag geht aus von der begrifflichen Unterscheidung zwischen Gewissenstätern, Überzeugungstätern und Tätern von Aktionen zivilen Ungehor-

[20] Nach *Hirsch*, LK, 11. Aufl., § 34 Rdn. 84, sollte die Straffreiheit bei fortbestehender Rechtswidrigkeit freilich nicht durch Tatbestandseinschränkung, sondern durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund gesetzlichen Ausdruck finden. Die gegenwärtige Regelung laufe rechtssystematisch auf einen Rechtfertigungsgrund hinaus, obwohl ein solcher vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt gewesen sei.

sams (S. 9). Soweit das Grundrecht der Gewissensfreiheit in Anspruch genommen wird und keine verfassungsimmanenten Schranken entgegenstehen, müsse der *Gewissenstäter* tatsächlich von jeder Sanktion des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts sowie von jedem polizeilichen Einschreiten unbehelligt bleiben (daher die neue Bestimmung in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, die eine Ausnahmegenehmigung für das Schächten von Tieren vorsieht). Verfassungsbedingte Schranken schützten aber selbstverständlich Leib, Leben und Eigentum (S. 17) (ebenso sicher auch die Freiheit) sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates selbst (S. 20). Absolut geschützt durch Art. 4 GG sei danach nur ein kleiner Kreis von Fällen deliktischen Handelns aufgrund der Gewissensfreiheit. *Hirsch* nennt hier als Beispiele die gewissensbedingte Verweigerung eines militärischen Befehls und die aus Gewissensnot erfolgende Unterbrechung einer Predigt durch einen Gottesdienstbesucher. Täter von rechtswidrigen, d. h. nicht durch Art. 4 GG absolut erlaubten Taten haben nach *Hirsch* im Strafrecht aber doch Anspruch auf eine Verminderung des Schuldvorwurfs und sie können sogar in den Genuß eines niedrigeren Strafrahmens durch analoge Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB kommen, was hier – anders als im Falle der Heimtückemorde – zulässig sei, „da das Verfassungsrecht die Verhältnismäßigkeit zwischen Gewissenstat und gesetzlicher Reaktion verlangt" (S. 26). Der *Überzeugungstäter* hat dagegen keinen Anspruch auf Privilegierung; es kann bei ihm freilich ein Verbotsirrtum vorliegen, wie etwa in den Mauerschützen-Fällen (S. 28). Auch beim *zivilen Ungehorsam* (z. B. Sitzblockaden, Hausbesetzungen, Attentate auf Eisenbahnstrecken, die für den Transport von Atommüll vorgesehen sind) kommt nur eine Berücksichtigung achtenswerter Motive bei der Strafzumessung in Betracht, jedoch kein Verbotsirrtum, weil die Täter sich ja gerade nach formellem Recht strafbar machen *wollen*, um als Märtyrer für ihre Überzeugung zu werben.

VII. Schlußbemerkung

Das wissenschaftliche Werk von *Hans Joachim Hirsch* hat hohe Anerkennung gefunden. Die Universitäten Thessaloniki (1986), Tokio (Keio) und Posen (beide 1990) sowie Seoul (Sun Kyun Kwan) (1994) haben ihm die juristische Ehrendoktorwürde verliehen. 1996 wurde er für seine vielfältige Förderung der deutsch-polnischen Strafrechtsbeziehungen mit dem Offizierskreuz des polnischen Verdienstordens ausgezeichnet. 1991 wurde er als ordentliches Mitglied in die Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften aufgenommen und ist seit 1994

Mitglied ihres Präsidiums. Seit 1975 ist er Mitherausgeber der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, seit 1987 ihr Gesamtschriftleiter. Von 1987 bis 1997 war er Vorsitzender der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und ist seither gewähltes Vorstandsmitglied der Gesellschaft. Von 1994 bis 1997 war *Hirsch* ferner nach seiner Emeritierung in Köln Gastprofessor an der Juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg mit allen Lehr- und Prüfungspflichten eines aktiven Fakultätsmitglieds.

Herausragende Leistungen eines Gelehrten und beliebten akademischen Lehrers werden durch Ehrungen, Auszeichnungen und Berufungen öffentlich anerkannt. Die hohen persönlichen Eigenschaften und Qualitäten unseres Jubilars finden dagegen ihre Resonanz in der Stille: in der Hochachtung der Kollegen, in der Dankbarkeit der Schüler und in der Zuwendung der Freunde. Als ein solcher möchte ich mit herzlichen Geburtstagswünschen schließen und zugleich danken für dieses lange Gespräch mit *Hans Joachim Hirsch* über sein Werk, das in vier Jahrzehnte deutscher Strafrechtswissenschaft eingegangen ist und diese Epoche vom Beginn der Großen Strafrechtsreform bis zum heutigen Tage widerspiegelt.

II. Grundlagen des Strafrechts

Der Tatsachenbegriff im Strafrecht

Nikolaos Bitzilekis

I.

Der Tatsachenbegriff taucht als Tatbestandsmerkmal in verschiedenen Delikten auf. Man denkt zunächst an die Tatsachenbehauptung als Tatbestandsmerkmal der üblen Nachrede (§ 186 StGB) und der Verleumdung (§ 187 StGB) – ein Sachgebiet, zu dessen theoretischer Vertiefung der verehrte Jubilar durch seine Habilitationsschrift entscheidend beigetragen hat[1]. Weiter kann sich im Betrugstatbestand (§ 263 StGB) die Täuschungshandlung nur auf Tatsachen beziehen. Auf subventionserhebliche Tatsachen beziehen sich auch die Begehungsmodalitäten des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB), während beim Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB) vom Verschweigen nachteiliger Tatsachen die Rede ist. Von Bedeutung ist der Tatsachenbegriff auch im Rahmen der falschen uneidlichen Aussage und des Meineids (§ 153 StGB), wo der Aussagegegenstand ein tatsächliches („objektives") Geschehen oder Sachverhalt ist. Schließlich muß bei der Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 StGB) die technische Aufzeichnung zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt sein, während bei der Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) der Amtsträger eine Tatsache beurkundet.

Die Bedeutung des Tatsachenbegriffs beschränkt sich nicht allein auf das materielle Strafrecht. Geht man davon aus, daß die Revision im Strafprozeß eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils nur in rechtlicher, nicht aber in tatsächlicher Hinsicht eröffnet, so spielt hier der Unterschied zwischen Tat- und Rechtsfrage eine grundsätzliche Rolle. Man darf auch nicht vergessen, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 359 Nr. 5 StPO für den Fall neuer Tatsachen oder Beweismittel offensteht.

Welche Bedeutung hat der Tatsachenbegriff in allen diesen Topoi? Die des Seienden und Wirklichen im Gegensatz zu dem Nicht-Seienden und Unwirklichen, die des Deskriptiven im Gegensatz zum Normativem, die des Sicheren und Gewissen im Gegensatz zum bloß Möglichen

[1] *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, 1967; zum Gegensatz „Tatsachenäußerung/Werturteil" insbes. S. 210 ff.

oder die des bereits Geschehenen oder noch Bestehenden im Gegensatz zu dem bloß zu Erwartenden?

In der Literatur wird häufig der Begriff der Tatsache dem Begriff des „Werturteils" gegenübergestellt. Wollte man mit „Tatsache" den *Gegenstand* einer Äußerung, mit „Werturteil" dagegen die *Form* der Äußerung bezeichnen, so ist diese Gegenüberstellung problematisch[2]. Denn die Tatsache, als die von unserem Sprechen und Denken unabhängige Wirklichkeit, kann weder wahr noch falsch sein; entweder existiert sie oder nicht[3]. Wollte man dagegen das als Tatsache bezeichnen, was wahre Sätze darstellen oder ausdrücken, nämlich die über die Wirklichkeit aufgestellten Behauptungen[4], so könnten wir, wie der Gesetzgeber in § 263 Abs. 1 StGB, von falschen Tatsachen sprechen. Das Werturteil ist aber dann nicht der Gegensatz zur Tatsache, soweit beide Aussagen darstellen, die in sprachlicher Form zum Ausdruck kommen. Darüber hinaus ist diese Gegenüberstellung nicht treffend, soweit sie auf die problematische Abgrenzung zwischen Ontologie und Normativität hinweist. Denn Tatsachen sind nicht bloß wertfreie Gegenstände, Eigenschaften oder Ereignisse. Begriffe wie z. B. Vaterschaft, Vormundschaft, Ehe, Freundschaft, Waffe, fremd, drücken bestimmte Werte aus, und niemand hat ihnen die Eigenschaft als Tatsache abgesprochen.

Werte sind nicht immer etwas Subjektives und Willkürliches; sie können auch intersubjektiv vertretbar sein, durch Heranziehen allgemein angenommener Wertmaßstäbe und Beurteilungskriterien[5]. Wollte man aus dem Tatsachenbegriff das Subjektive und Willkürliche ausschließen, so wäre diese Abgrenzung von Werturteilen nicht richtig. Das hat besonders die Theorie von den *institutionellen Tatsachen* (menschenabhängigen Tatsachen) gezeigt, welche in der Rechtstheorie die scharfe Trennung zwischen Normativität und Faktizität, Sein und Sollen erheblich

[2] So *Blei*, Strafrecht II, Besonderer Teil, 1983, S. 194; *Müller*, JuS 1981, 257.

[3] „Facts themselves are neither true nor false, but just are": *Bennett/Baylis*, Formal logic. A modern Introduction, New York 1939, S. 49.

[4] Näher zu den verschiedenen Bedeutungen des Tatsachenbegriffs und zu dem Verhältnis zwischen Satz und Tatsache *Patzig*, Tatsachen, Normen, Sätze, 1988, S. 15 ff. Vgl. früher auch *Ducasse*, Propositions, Opinions, Sentences, and Facts, Journal of Philosophy 1940, 709 ff. Zur Frage der Abgrenzung zwischen „Wirklichkeit" und „Tatsache" vgl. weiterhin auch *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 39 ff.

[5] Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens werden als Tatsachen u. a. wissenschaftliche Tatsachen, darunter die Gültigkeit von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen, sowie auch Rechtstatsachen anerkannt. Es wird hier auf die Allgemeingültigkeit und Unabhängigkeit von einer subjektiven Bewertung abgestellt. Vgl. dazu insbes. *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 674; *ders.*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 3, 1974, S. 63, 65; *Klug*, Spendel-Festschrift, 1992, S. 684 f.

abgeschwächt hat[6]. Man spricht hier, im Unterschied zu den natürlichen oder nackten Tatsachen (facta bruta), von Tatsachen, d. h. Beziehungen, Handlungen und Instituten des täglichen sozialen Lebens, die nur existieren, weil und soweit es Regeln gibt, nach denen sie sich konstituieren. Diese institutionellen Fakten, die auf Grund konstitutiver Regeln entstehen, sind objektiv und stehen unter den Anforderungen sachlicher Richtigkeit. Noch weiter geht *Ferber*, der im Rahmen der moralischen Urteile von moralischen Tatsachen spricht, d. h. von institutionellen Tatsachen *höherer Ordnung*. So sei z. B. das moralische Urteil „Es ist moralisch falsch, einer alten Frau die Handtasche zu entreißen" deskriptiv, in realistischer Sprache verfaßt und beschreibe eine Tatsache[7].

II.

Sehr oft findet man in der Strafrechtswissenschaft folgende Definition des Tatsachenbegriffs: Tatsachen sind konkrete Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder der Gegenwart, die sinnlich wahrnehmbar in die Wirklichkeit eingetreten und so dem Beweis zugänglich sind[8]. Es werden hiermit drei Hauptkriterien erwähnt, obwohl manchmal mehr das eine oder das andere betont oder das eine als die notwendige Folge des anderen angesehen wird, nämlich die sinnliche Wahrnehmbarkeit, die Beweisbarkeit und die geschichtliche Existenz.

1. Das Kriterium der sinnlichen Wahrnehmbarkeit stammt aus der Erkenntnistheorie des Positivismus. Tatsachen sind nur solche Gegenstände oder Umstände, die unmittelbar wahrgenommen worden sind. Wollte man fragen, warum dieses Kriterium für den Tatsachenbegriff bestimmend ist, würde die Antwort vermutlich lauten, daß die sinnliche Wahrnehmbarkeit eine objektive Sicherheit oder Gewißheit über das, was vorhanden oder nicht vorhanden ist, zuläßt; sie führt zu einer sog. Beobachtungsevidenz.

[6] Die Kategorie der institutionellen Tatsachen ist in die Rechtstheorie insbes. von *G. E. Ansombe*, On Brute Facts, Analysis 1958, 69 ff, und *J. R. Searle*, Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language, 1969, S. 50 ff, eingeführt und insbesondere von *Neil MacCormick* und *Ota Weinberger* zur Lösung einer Reihe klassischer rechtsphilosophischer Probleme entwickelt worden, wie z. B. der Kontroversen zwischen Rechtsrealismus und Normativität, Naturrecht und Rechtspositivismus. Grundlegend dazu *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985, S. 22 ff, 108 ff.

[7] *Ferber*, ARSP 1993, 372 ff, 377 ff.

[8] Vgl. insbes. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, 25. Aufl. 1997, § 186 Rdn. 3; *Lackner*, in: LK, 10. Aufl., § 263 Rdn. 10; *Herdegen*, in: LK, 10. Aufl., § 185 Rdn. 4. Vgl. auch *Pallin*, in: Wiener Kommentar zum StGB, 1980, § 288 Rdn. 10.

Diese Beobachtungsevidenz ist aber durch die neue Entwicklung der Naturwissenschaften abgeschwächt worden. Die heute geltende Physik lehrt, daß die Beobachtung sowohl vom beobachtenden Subjekt als auch vom beobachtenden Apparat abhängig ist. Der Gegenstand der Beobachtung, der sich nicht vom Beobachter trennen läßt, antwortet je nachdem, wie er befragt wird. Große Physiker, wie z. B. *Einstein* und *Heisenberg*, haben mit Nachdruck die Rolle des Forschers betont, des beobachtenden Subjekts in der modernen Naturwissenschaft; die durch Beobachtung angestrebte Sicherheit in den Naturwissenschaften entspricht also nicht ganz dem heutigen physikalischen Weltbild[9].

Abgesehen davon, ob eine solche Evidenz möglich ist, stellt sich die Frage, ob diese Evidenz allein durch die bloße Beobachtung ohne logische und kategoriale Bearbeitung erreicht werden kann. Naturgesetzliche Zusammenhänge, Wirkungszusammenhänge (z. B. daß ein Virus ein Krankheitserreger ist) beobachtet man nicht, sondern man schließt sie logisch aus Indizien des sich in der Außenwelt Abspielenden. Man darf nicht verkennen, daß man diese Indizien nicht unabhängig von Gesetzen empirisch erkennen und testen kann, die zur Erklärung genügend spezifisch sind[10]. Die Ergebnisse unserer Sinneseindrücke sind Produkte unserer Erkenntnisfähigkeit. Wenn es so ist, dann ist die Frage nach der Tatsachenbehauptung eine Frage nach der menschlichen Erkenntnisfähigkeit.

Darüber hinaus ist das Kriterium der Sinneswahrnehmung zu eng, um die Tatsache zu erfassen. Elemente der psychischen Welt, wie Absichten, Ziele und Präferenzen, sind ihrem Wesen nach nicht beobachtbare Zustände; beobachtbar sind nur ihre Auswirkungen, aus denen diese Elemente logisch zu schließen sind. Psychische Faktoren und mentale Daten, die im Innern des Menschen ablaufenden psychischen Prozesse (eigenpsychische und fremdpsychische) sind etwas „Substantielles", etwas „Reales", das bewertet werden kann[11]. Aber die Realität läßt sich nicht auf die Gegenstände und Vorgänge der Außenwelt und die seelischen Ereignisse und Vorkommnisse beschränken. Es gibt noch eine andere Welt, die in *Poppers* dreigeteiltem Universum als Welt 3 im Gegensatz zu Welt 1 (der physikalischen Gegenstände und Zustände) und Welt 2 (der Welt der Bewußtseinszustände) bezeichnet wird und die „Erzeugnisse des menschlichen Lebens" umfaßt. Diese Welt, die gegenüber dem erkennenden Subjekt autonom sei, sei keine Fiktion,

[9] Ausführlich dazu *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, S. 382.

[10] Vgl. dazu *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl. 1980, S. 59 f.

[11] So auch *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, S. 68 ff.

sondern „wirklich" vorhanden. Die Welt der objektiven Gedankeninhalte, insbesondere der wissenschaftlichen und dichterischen Gedanken und der Kunstwerke (Gedichte, Symphonien, Malereien), sei „ein natürliches Erzeugnis des Lebewesens Mensch, vergleichbar mit einer Spinnwebe". Wenn jemand ein Buch liest, einen Text in eine andere Sprache übersetzt, hat er mit einer Welt zu tun, die objektives Wissen enthält, das wahr oder falsch sein kann[12].

Man braucht aber nicht *Poppers* Dreiteilung der Welt zu folgen, um den ontologischen Status der geistigen Gegebenheiten anzuerkennen. Und man braucht auch nicht den Idealismus zu vertreten, sei es in Form der berühmten Ideenwelt von *Plato* oder der Theorie des „objektiven Geistes", die *N. Hartmann*[13] im Anschluß an *Hegel* entwickelt hat, um hier von Realitäten zu sprechen. Selbst ein Positivist wie *Carnap* unterscheidet die geistigen von den physischen und psychischen Gegenständen. Zu den geistigen zählt er Einzelereignisse und umfassende Vorgänge, soziologische Gruppen, Einrichtungen (z. B. den Staat), Strömungen auf allen Kulturgebieten (z. B. eine Sitte), Beziehungen zwischen den Menschen, wie Freundschaft und Liebesverhältnisse, Ehe, Verwandtschaft. Alles das ist Realität[14]. Und nicht zuletzt zeigt die Relationsontologie, die im Gegensatz zur Substanzontologie im Recht besonders von *Arthur Kaufmann*[15] entwickelt worden ist, den ontologischen, realen oder tatsächlichen Charakter einer Relation zwischen Menschen oder zwischen einem Menschen und einer Sache. Um alle diese Realitäten zu erfassen, ist die Sinneswahrnehmung nicht das einzige oder ausschlaggebende Kriterium.

Mit der Sinneswahrnehmung scheint ein anderes Kriterium implizit oder explizit verbunden zu werden: das Kriterium der wissenschaftlichen Rationalität. Nur die Tatsache ist Gegenstand wissenschaftlich-rationalen Erkennens. Nur Aussagen über Tatsachen könnten als wahr oder falsch aufgewiesen, verifiziert oder falsifiziert werden. Werturteile seien dagegen aus dem Bereich der wissenschaftlichen Rationalität auszuklammern.

Solche Thesen drücken die uns bekannten positivistischen oder neopositivistischen Theorien aus, nach denen wissenschaftliche Aussagen nichts anderes sind als die Verarbeitung von Beobachtungen nach den

[12] *Popper*, Objective Knowledge. An Evolutionary Approach, 1979, Chap. 4.

[13] Das Problem des geistigen Seins, 1933, S. 15 f, 66 ff, 175 ff. Weiter dazu *Engisch*, Logische Studien, S. 44 ff.

[14] *Carnap*, Der logische Aufbau der Welt, 3. Aufl. 1996, § 23 ff.

[15] Rechtstheorie 1986, 270 ff.

Regeln der Logik. Aussagen über Werte, Werturteile, vor allem ethische Urteile, seien Sache des individuellen Beliebens, über die man nicht rational debattieren könne. Diese strenge These hat sich mit der Zeit geändert, nachdem festgestellt wurde, daß Werte nicht einfach subjektives Belieben, sondern der Nachprüfung zugänglich sind und daß ihr Inhalt wissenschaftlich nachprüfbar ist (z. B. daß etwas ein Kunstwerk ist). Zunächst wollte man diese wissenschaftliche Nachprüfung auf die innere Widerspruchslosigkeit eines Wertesystems beschränken, in dem Sinne, daß die Möglichkeit der Vernunfteinsicht nur systemimmanent einwirke und daß sie dort ende, wo verschiedene Wertesysteme in Konflikt treten. Das bedeutet, daß sich die rationale Diskussion allein auf die Nachprüfung eines Werturteils im Rahmen eines Wertesystems anhand der Regeln der logischen Schlußfolgerung beschränkt, während alles andere völlig subjektiv ist.

Dieser Wertrelativismus, der letzten Endes zu einem Dezisionismus führt, ist inzwischen angezweifelt worden. Der Aufbau der rationalen Ethik in der Philosophie hat gezeigt, daß man über Werte vernünftig debattieren kann, daß sie wahr oder falsch sein können[16]. Ihre rationale Nachprüfbarkeit ist mehr als eine Frage der logischen Schlußfolgerung; sie ist eine Frage der Wirkungen der Werte in den realen Lebenszusammenhängen. Man darf nicht verkennen, daß ein Wertkonflikt ein Lebenskonflikt ist, daß die Werte Lebensvorschläge sind, die durch empirische Anwendung der von ihnen abgeleiteten Folgen geprüft werden können. Der Satz „Auge um Auge, Zahn um Zahn" und der Satz „Liebe deinen Feind" sind z. B. zwei verschiedene Wertvorstellungen und ethische Prinzipien. Beispiele aus der Geschichte sowie die tägliche Lebenserfahrung erlauben uns, anhand ihrer Folgen für die menschlichen Beziehungen und das menschliche Sein rational über diese Sätze zu diskutieren und ihre Leistungsfähigkeit zu vergleichen[17].

Wenn also das Wahrheitskriterium ein Kriterium des Tatsachenbegriffs ist, dann sind Tatsachen nicht bloß naturwissenschaftlich faßbare Sachverhalte, sondern auch Institutionen, geistige Erzeugnisse und Wertesysteme, denn auch sie können als wahr oder falsch erwiesen werden. Es folgt daher, daß wahr oder falsch nicht die Tatsache ist, sondern daß Tatsache ist, was wahr oder falsch sein kann[18].

[16] Ausführlich dazu *Apel*, Constantin Tsatsos-Festschrift, 1980, S. 221, 224.

[17] So insbes. *Albert* (Anm. 10), S. 78 f. Auf die praktischen Folgen und Konsequenzen einer Theorie hat besonders der englische Pragmatismus *(William James, John Dewey)* hingewiesen. Dazu siehe *Reich*, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, 1967, S. 38 ff.

[18] So auch *Ducasse*, Journal of Philosophy 1940, 710 f („‚a fact' and ‚a true proposition' mean identically the same thing").

Sucht man die Tatsachen im rein „empirisch-deskriptiven" Bereich, der durch Sinneswahrnehmung unmittelbar erkannt und in theoriefreier Beobachtungssprache wiedergegeben wird, so sucht man vergebens[19]. Hinter jedem Beobachtungssatz steht eine Theorie. Der Zeuge erzählt z. B. über bestimmte Momente des Geschehens, die für ihn Interesse und Bedeutung haben. Er ruft ins Gedächtnis nicht die ganze Vergangenheit zurück, sondern das, was er wahrgenommen hat. Und er hat das wahrgenommen, was er akzentuiert und interpretiert hat. Zu Recht schreibt *Grasnick*: Der Angeklagte oder Zeuge „beschreibt nicht lediglich das Tatgeschehen, er deutet es. Sowenig, wie es reine Beobachtungssätze gibt, sowenig gibt es pure Deskriptionen. Wir können der Theorie nicht entkommen. Wir können auch der Wertung nicht entkommen."[20] Und weiter fügt er hinzu: „Am Ende steht Interpretation gegen Interpretation, Werturteil gegen Werturteil."[21]

Das Kriterium der Wahrnehmbarkeit scheint mir in der von der Rechtsprechung und einem großen Teil des Schrifttums inzwischen akzeptierten Definition abgeschwächt zu sein. Für die ständige Rechtsprechung zu den Beleidigungsdelikten reicht es aus, daß die Tatsache „in erkennbare Beziehung ... zu bestimmten äußeren Geschehnissen, durch die sie in das Gebiet der wahrnehmbaren äußeren Welt getreten ist", [gesetzt wird][22]. Tatsachen sind also nicht nur diejenigen Umstände, die direkt der unmittelbaren Wahrnehmung zugänglich sind, sondern auch solche, die mit Hilfe von Erfahrungssätzen erschlossen werden können[23]. Ähnlich ist auch bei *Herdegen* zu lesen, daß „eine Äußerung eine Behauptung von Tatsachen sein kann, wenn sie eine Wahrnehmungsbasis hat"[24]. Es gibt aber keine Begriffe ohne eine Wahrnehmungsbasis, ohne daß sie irgendwie auf indizielle, wahrgenommene oder wahrnehmbare äußere Fakten bezogen werden. Die Frage ist, welche Beobachtungsdaten einen Begriff, eine Theorie indizieren und in welcher Beziehung und welchem Sinnzusammenhang sie zueinander stehen[25].

[19] Vgl. hierzu insbes. *Bohnen*, in: *Albert* (Hrsg.), Theorie und Realität, 2. Aufl. 1972, S. 171 ff, 190.

[20] *Grasnick* (Anm. 11), S. 211.

[21] *Grasnick* (Anm. 11), S. 219.

[22] Siehe die Nachweise bei *Herdegen* in: LK, § 185 Rdn. 4.

[23] „Erschließen" heißt hier wohl nicht die logische Deduktion aus Prämissen, sondern die Aufstellung von Hypothesen, die durch Wahrnehmung bekräftigt oder erschüttert werden.

[24] In: LK, § 185 Rdn. 4.

[25] Zur Abgrenzung zwischen Beobachtungssprache (Lo) und theoretischer Sprache (Lt) vgl. statt vieler *Carnap*, in: *H. Feigl/M. Scriven* (eds.), The Foundations of Science, 1965, S. 38 ff. Kritisch dazu mit Recht *Popper*, Logik der Forschung, 8. Aufl. 1984,

2. Als zweites Kriterium des Tatsachenbegriffs wird entweder selbständig oder als Folge des Kriteriums der Wahrnehmbarkeit die *Beweisbarkeit* der Tatsache erwähnt. Eine Tatsache soll der prozessualen Prüfung zugänglich sein. Was aber damit gemeint ist, von welcher prozessualen Prüfung die Rede ist, bleibt unklar. Weist man auf die prozessualen Möglichkeiten hin, die die Prüfung der Wahrheit einer Tatsache ermöglichen, so ist damit nichts anderes gemeint, als daß von einer Tatsache gesprochen werden kann, wenn sie nach den Erkenntnisgrundsätzen als wahr oder falsch nachgewiesen werden kann. Was aber falsch oder wahr sein kann, das ist eine Tatsache[26]. Man gerät also in einen Zirkelschluß.

Versteht man dagegen unter prozessualer Prüfung die Möglichkeiten der Strafprozeßordnung, so läßt sich der Tatsachenbegriff unmittelbar durch die Regeln der StPO bestimmen, nämlich durch die Regeln, die die Wahrnehmung nicht um jeden Preis erlauben, sondern auch andere Prinzipien respektieren, wie dasjenige des Rechtsstaates. Diese Regeln können aber nicht den Tatsachenbegriff bestimmen, sondern sie ziehen die Grenzen einer Wahrheitsprüfung im Rahmen eines normativen Rechtssystems. Art. 366 gr. StGB zeigt dies, wenn es den Wahrheitsbeweis einer Tatsache bei den Beleidigungsdelikten verbietet, wenn die Tatsache ausschließlich Verhältnisse des Familien- oder Privatlebens betrifft, die das öffentliche Interesse nicht berühren. Eine Tatsache bleibt also auch dann Tatsache, wenn ihr Nachweis an Beweisverboten scheitert.

3. Wir kommen nun zum dritten Kriterium, das in fast jeder Definition des Tatsachenbegriffs enthalten ist. Tatsachen seien konkrete Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder der Gegenwart. Zukünftiges, soweit es nicht geschieht oder geschehen ist, sei keine Tatsache; es werde eine solche erst mit seinem Eintritt.

Definiert man „Tatsache" nur als das bereits Geschehene, so ist jedes Zukünftige per definitionem aus dem Tatsachenbegriff ausgeschlossen. Was aber berechtigt zu einer solchen Definition? Wollte man im Tatsachenbegriff die Realitätsfrage berühren und die Unterscheidung zwischen Vergangenheit und Zukunft hinsichtlich der Realität definieren, so bedarf es der Erklärung, warum das Vergangene, nicht aber das Zu-

S. 377 ff. Nach ihm bewegen wir uns immer in Theorien, sogar dann, wenn wir die trivialsten singulären Sätze aussprechen.

[26] Im Zivilprozeßrecht wird häufig geschrieben, daß Beweisgegenstand eine Tatsache sei; vgl. etwa *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Einf. § 284 Rdn. 17 ff. Das heißt aber wieder, daß die Beweisbarkeit den Tatsachenbegriff voraussetzt.

künftige wirklich ist[27]. Alles, was existiert, ist in ständiger Bewegung, ist nicht Ruhe, sondern fortwährendes Werden. Abgesehen vom Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus ist das Zukünftige bereits im Gegenwärtigen, zugleich aber auch im Vergangenen enthalten[28]. Daß ich irgendwann sterben werde, ist wirklich, ist eine Tatsache, genauso wie es eine Tatsache ist, daß z. B. Aristoteles gestorben ist. Der einzige Unterschied ist, daß die eine Tatsache schon geschehen ist, während die andere bevorsteht. Im letzten Fall ist eine Tatsache nicht, daß ich gestorben bin, sondern daß ich irgendwann sterben werde. Man darf überdies nicht übersehen, daß als Beweisgegenstand im Prozeßrecht nicht nur wirkliche, sondern auch hypothetische oder negative Tatsachen anerkannt werden[29].

Unzutreffend wäre auch, die Tatsache dem bereits Geschehenen mit der Begründung gleichzusetzen, daß das Geschehene im Gegensatz zu dem Erwarteten sicher und gewiß sei. Daß ich irgendwann sterben werde, ist genauso sicher und gewiß wie daß Aristoteles schon gestorben ist. Was sich auf die Zukunft bezieht, ist nicht immer bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, im Gegensatz zu dem, was der Vergangenheit oder der Gegenwart zugehört, welches allein ein objektives Wissen ermögliche. Sprechen wir von objektivem Wissen, so meinen wir ein hypothetisch gut geprüftes und bewährtes Denken, das mit der Vernunft und dem Alltagsverstand in Einklang steht. Und dies beschränkt sich nicht allein auf das Vergangene oder das Gegenwärtige und nicht auf alles, was der Vergangenheit oder Gegenwart zugehört. Es ist zweifellos eine Tatsache, daß wir im Rahmen des Alltagsverstandes sicher sind, daß die Sonne morgen über uns aufgehen wird oder daß das Wetter morgen regnerisch sein wird. Und diese notwendige Hoffnung, die sich auf in der Vergangenheit wiederholt gemachte Beobachtungen oder auf wissenschaftliche Kenntnisse stützt, erzeugt größere Gewißheit als die auf die Vergangenheit bezogene Hypothese, daß z. B. Alexander der Große an Erkältung gestorben ist oder daß der Palast von Knossos auf Kreta durch den Vulkanausbruch in Santorini zerstört wurde. Entscheidend ist daher nicht die zeitliche Dimension einer Tatsache, sondern ihr Gewißheitsgrad.

[27] „The Future is really real" antwortet *Faye*, Is the Future Really Real?, American Philosophical Quarterly 1993, 259 ff, 268.

[28] „Mit der Kausalität aber ist nicht nur die Gegenwart da, sondern auch Vergangenheit und Zukunft. Denn alle Wirkung kommt von etwas her, das früher war, und alle Wirkung wirkt immer weiter auf Späteres"; so *Bröcker*, ARSP 1985, 39.

[29] Vgl. statt vieler *Hartmann* (Anm. 26), Einf. § 284 Rdn. 20; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, 1992, § 284 Rdn. 40; *Stein/Jonas/Leipold*, 21. Aufl., § 284 Rdn. 11, 12.

Die künftigen Ereignisse werden besonders im Zusammenhang mit dem Betrug diskutiert. Dort wird angenommen, daß Betrug begeht, wer über das Bestehen naturgesetzlicher Gegebenheiten (z. B. über den Frühlingsanfang, das Osterfest) täuscht. Betrug wird auch im Falle des Verkaufs von gefärbten Gläsern zur Beobachtung einer angeblich bevorstehenden Sonnenfinsternis bejaht[30]. Man denkt hier an die wissenschaftlichen Erkenntnisse oder Konventionen, die auf den Eintritt künftiger Ereignisse sichere Schlußfolgerungen zulassen.

Man könnte die Frage des Zukünftigen umgehen, indem man das Erwartete durch die vorhandenen Elemente ersetzt, die uns logisch zu diesem Glauben führen. Jede Aussage über künftige Ereignisse könnte zu einer Aussage über gegenwärtige oder vergangene Ereignisse umgedeutet, mit anderen Worten: in ihren der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörigen Voraussetzungen analysiert werden[31]. Damit wird aber das Problem kaum gelöst. Daß die Sonne morgen aufgehen wird, wie sie es bisher getan hat, daß der Vollmond am 20. des Monats sein wird, ist eine zukünftige Tatsache, eine Perspektive, die sich auf die wiederholt gemachte Beobachtung in der Vergangenheit stützt. Die Tatsache ist aber nicht die Erd- oder Mondbewegung in den vergangenen Jahrtausenden, sondern der Sonnenaufgang morgen bzw. der Vollmond am 20. des Monats. Wollte man das erwartete Faktum vom Tatsachenbegriff ausschließen und es durch seine vergangenen oder gegenwärtigen faktischen Voraussetzungen ersetzen, so würde man die logische Schlußfolgerung außer acht lassen, die beide Fakten miteinander in Verbindung setzt. Machen wir uns das an einem Beispiel klar:

Ich sage: A ist zahlungsfähig. Ich mache damit eine Prognose über ein zukünftiges Verhalten des A. Ist das keine Tatsachenbehauptung, weil sie sich auf etwas Zukünftiges bezieht? Und muß diese Prognose in den gegenwärtigen Verhältnissen, auf denen sie basiert, analysiert werden, in dem Sinne, daß z. B. A zahlungsfähig ist, weil er einen gut bezahlten Beruf ausübt und großes Eigentum besitzt? Die Täuschungshandlung bezieht sich aber nicht auf den gut bezahlten Beruf oder das große Eigentum des A, sondern auf die Schlußfolgerung der Zahlungs-

[30] Vgl. z. B. *Cramer*, in: Schönke/Schröder, 25. Aufl., § 263 Rdn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil 1, 7. Aufl. 1988, S. 411, und früher auch *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 368.

[31] Vgl. *Lackner*, in: LK, 10. Aufl., § 263 Rdn. 11. Nach ihm ist nicht der künftige Eintritt einer Sonnenfinsternis oder einer Jahreszeit als solcher eine Tatsache, sondern das Bestehen einer allgemeinen wissenschaftlichen Überzeugung oder einer Konvention, daß die Naturerscheinung oder der neue Jahresabschnitt zu dem angegebenen Zeitpunkt eintreten bzw. beginnen wird.

fähigkeit des A von den genannten Prämissen. Letztere mögen wahr und dennoch kann die Schlußfolgerung der Zahlungsfähigkeit falsch sein, wenn es neben den erwähnten Bedingungen noch andere gibt, welche die Schlußfolgerung der Zahlungsfähigkeit nicht erlauben, z. B. neben dem gut bezahlten Beruf hohe Schulden des A oder neben dem großen Eigentum dessen Belastung durch Hypotheken[32]. Sieht man also hier als Tatsache die Zahlungsfähigkeit an, so ist Betrug vorhanden. Betrachtet man dagegen die Zahlungsfähigkeit als Meinungsäußerung, als bloßes Werturteil, so liegt keine Täuschungshandlung i. S.v. § 263 StGB vor, falls man den Tatsachencharakter auf den gut bezahlten Beruf und das große Eigentum beschränkt. Ein entsprechendes Beispiel ist auch der Fall des Marktwertes einer Sache (eines Grundstücks oder eines Autos). Ist dieser Marktwert eine Tatsache, oder sind es nur die ihn begründenden Elemente und Indizien?

Die Frage hängt damit zusammen, ob der Äußerungsempfänger seine eigenen Schlüsse aus den genannten Indizien zieht und selbst das Risiko dieser Schlußfolgerung tragen muß oder ob diese Konklusion eine etablierte Meinung, etwas Gegebenes ist, worauf er sich wie jeder verlassen kann[33]. Diese Rückübertragung der Tatsachenbehauptung von der Konklusion auf die Prämissen ist kein Charakteristikum des Zukünftigen, sondern betrifft jede Aussage, egal ob sie sich auf Zukünftiges, Vergangenes oder Gegenwärtiges bezieht. Man kann z. B. den gut bezahlten Beruf oder das große Eigentum in dem oben erwähnten Fall weiter in die Indizien und Umstände zerlegen, die eine solche Schlußfolgerung zulassen. Der Regreß ist dann unendlich.

Ich fasse zusammen: Unmittelbare Wahrnehmbarkeit, Beweisbarkeit und geschichtliche Existenz können nicht als entscheidende Abgrenzungskriterien des Tatsachenbegriffs funktionieren. Alle drei Kriterien zielen auf ein und dasselbe: die intersubjektive Nachprüfbarkeit und objektive Gültigkeit der Tatsache.

III.

Tatsachenbehauptungen und Werturteile haben etwas Gemeinsames. Sie drücken das Problem des Verstehens der Welt aus. Die Methode des

[32] Das heißt, daß die Bedingungen, auf die die Zahlungsfähigkeit zurückführbar ist, nicht vollständig sind und daher keine solche Schlußfolgerung erlauben.

[33] Deutlich heißt es bei *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil 1, S. 441, daß Betrug durchaus durch Behauptung einer zukünftigen Tatsache begehbar ist, sofern durch die Art der Behauptung zugleich die prinzipielle intersubjektive Nachprüfbarkeit mitbehauptet wird.

Verstehens ist aber nicht ein Charakteristikum der Geisteswissenschaften, sondern auch der Naturwissenschaften[34]. „Alles Sein für uns ist Ausgelegtsein" sagt *Jaspers*[35]. Genauso wie wir Menschen mit einer gewissen Rationalität die Handlungen von Menschen verstehen, können wir auch die Naturgesetze verstehen. Gegenstand unseres Verstehens ist nicht nur die physische Welt, sondern auch die subjektiven, persönlichen, psychologischen Vorgänge (facta interna) sowie die geistige Welt, die Erzeugnisse der Geistestätigkeit. Tatsachenbehauptungen und Werturteile beziehen sich auf denselben Gegenstand, die Welt, sei sie die physische oder die psychische oder sogar die geistige.

Während die Tatsachenbehauptung ein „etablierter Glaube", ein „pragmatischer Glaube" ist, um die *Poppersche* Bezeichnung zu benutzen[36], ein Glaube, der der Widerlegung widerstanden hat, ist das Werturteil ein Vorschlag, der sich noch keiner kritischen Untersuchung ausgesetzt hat. Die Tatsachenbehauptung sucht nach *Widerlegung*, das Werturteil dagegen sucht nach *Akzeptanz*. Die Tatsachenbehauptung ist eine Aussage, eine Hypothese, die der Überprüfung standgehalten hat. Sie hat ihre Überlebenstüchtigkeit durch Bestehen von Prüfungen erwiesen. Ob sie diese Überlebenstüchtigkeit auch in der Zukunft erweisen wird, ist nicht das Entscheidende. Die Tatsache ist, um mit *Plato* zu sprechen, die *gnosis*, die *doxa* der vielen im Gegensatz zu der *doxa* des einzelnen oder der wenigen[37].

Hat eine Theorie, eine Hypothese der rationalen Diskussion standgehalten, so führt diese Bewährung zu einer weitgehenden Akzeptanz, zu einer objektiven Einsicht, einer sog. Intersubjektivität. Sie bildet die objektive Basis, die Gewißheit innerhalb einer Kommunikationsgesellschaft schafft, eine Objektivität, auf die sich jeder verlassen kann. Wer sich also darauf verläßt, braucht strafrechtlichen Schutz für sein Vermögen. Von einer Täuschungshandlung kann im § 263 StGB nur dann die Rede sein, wenn jemand über etwas täuscht, das im Rahmen einer Kommunikationsgesellschaft als Gegebenes gilt. Die intersubjektive Nachprüfbarkeit fehlt aber, wenn es um Innenvorgänge beim Täuschenden geht. Die eigenpsychischen Vorgänge, mögen sie auch facta interna sein, sind im Gegensatz zu dem Fremdseelischen (den psychischen Vor-

[34] Vgl. z. B. *Heisenberg*, Der Teil und das Ganze, 4. Aufl. 1972, S. 53.

[35] Einführung in die Philosophie, 1971, S. 60 f.

[36] *Popper*, Objective Knowledge, Chap. 1.

[37] Zu dem Platonischen Begriff von „doxa" vgl. *Lafrance*, La théorie platonicienne de la Doxa, 1981, S. 19 ff, 215 ff.

gängen bei Dritten) der intersubjektiven Nachprüfbarkeit entzogen[38]. Zwischen dem Täuschenden und dem Getäuschten sind bloße Behauptungen über die Zwecke und Wünsche des Täuschenden (z. B. die Zahlungswilligkeit des Schuldners) nicht Gegenstand einer kritischen Diskussion, sondern eine Sache des Vertrauens und der Glaubwürdigkeit. Wenn sich der Getäuschte darauf verläßt, trägt er selbst das Risiko und bedarf daher nicht des Schutzes durch die Betrugsvorschriften[39].

Ähnlich ist auch der Unterschied zwischen Beleidigung und übler Nachrede. Entscheidend ist hier, ob der objektive Sinngehalt der ehrenrührigen Äußerung dem Äußerungsadressaten ein ehrenrühriges Faktum vermittelt, das Objektivität und Verifizierbarkeit beansprucht[40]. Wenn ich etwas Ehrenrühriges als objektiv Gegebenes und durch Nachprüfung intersubjektiv Bestätigtes gegenüber einem Dritten behaupte, so wiegt diese Ehrverletzung schwerer als eine Beleidigung durch bloße abwertende Urteile und Meinungsäußerungen. Der objektive Sinngehalt der Äußerung sucht dann nicht nach Akzeptanz wie die bloße Meinungsäußerung, sondern nach Widerlegung. Dem Kundgabeempfänger bleibt es überlassen, diesen Sinn nicht bloß zu akzeptieren, sondern zu widerlegen.

Die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil ist auch ein Thema der Ausdifferenzierung der Sprache von generellen und abstrakten Sätzen zu konkreteren Definitionen, zu „Elementarsätzen", wie sie *Wittgenstein* bezeichnet, auf die jeder Satz logisch zurückführbar ist[41], ein Thema des Fortschreitens zu den einfacheren und weniger umstrittenen Schichten der Erklärung[42]. Auf der Stufe, wo man auf „Objektivierung" und Intersubjektivität stößt, wo man den Verständigungs- und Gewißheitsgrad in einer Diskussionsgemeinschaft erreicht

[38] *Carnap*, Der logische Aufbau der Welt, § 58, bemerkt zu dieser Abgrenzung, daß das Eigenpsychische in bezug auf die physischen Gegenstände erkenntnismäßig primär ist, das Fremdpsychische dagegen sekundär, in dem Sinne, daß die physischen Gegenstände aus den eigenpsychischen und die fremdpsychischen aus den physischen erkannt werden.

[39] So auch im Ergebnis *Naucke*, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 111, 214. Anders insoweit die h. M.; siehe statt vieler *Cramer*, in: Schönke/Schröder, 25. Aufl., § 263 Rdn. 10; *Lackner*, in: LK, 10. Aufl., § 263 Rdn. 11, 13. Vgl. auch die Differenzierung bei *Welzel*, Strafrecht, S. 368.

[40] *Herdegen*, in: LK, 10. Aufl., § 185 Rdn. 2.

[41] *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 4.1: „Der Satz stellt das Bestehen oder Nichtbestehen der Sachverhalte dar.", und 4. 121: „... Der Satz zeigt die logische Form der Wirklichkeit". Vgl. auch 4. 01: „Der Satz ist ein Bild der Wirklichkeit. Ein Modell der Wirklichkeit so wie wir sie uns denken".

[42] *Wittgenstein* (Anm. 41), 5, 5.01.

hat, ist von Tatsachenbehauptung die Rede. Dies ist die Stufe, wo der Begriff seine *„Sinnautonomie"* erreicht hat und keiner weiteren Analyse bedarf. Würde eine solche erfolgen, so wäre sie eine bloße *Beweisanalyse* und keine *Erklärungsanalyse.*

Wenn der Zeuge vor Gericht erklärt, er habe A mit einer Waffe gesehen, so macht er eine Aussage über eine Tatsache (daß A eine Waffe bei sich hatte). Die „Waffe" ist ein Alltagsbegriff, ein Begriff, der innerhalb einer Kommunikationsgemeinschaft einen ziemlich sicheren Inhalt hat. Hier interessiert nicht die Frage, ob z. B. Salzsäure oder ein eiserner Stock unter den Rechtsbegriff „Waffe" fallen. Wenn jemand behauptet „A hat mich bestohlen", bekundet er eine Tatsache, weil er damit die Behauptung des Sprechenden, von A bestohlen zu sein, in objektivierter Form zum Ausdruck bringt. Dieser Satz hat einen umgangssprachlichen Bedeutungskern, über den man sich verständigen kann, eine „Sinnautonomie". Er braucht nicht weiter in dem Sinne aufgelöst zu werden, daß A die Brieftasche weggenommen hat, um sie zu behalten. Wenn der Zeuge vor Gericht erzählt, „A hat mich bestohlen" oder „A hat die Wohnung gemietet" oder „A ist ein uneheliches Kind des B", berichtet er über Tatsachen, solange nach dem Dialogprinzip Sprecher und Hörer sich verständigen. Und „sich verständigen" heißt nicht bloß, daß der eine versteht, was der andere sagt, sondern daß das, was der eine sagt, für den anderen als Laien dieselbe Deutung hat, die keiner weiteren Analyse und kritischer Diskussion bedarf.

Die Bedeutung der Sprache für die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil ist auch im Fall der Revision zu sehen. Zu erwähnen ist hier die Meinung, die sich an der Differenz zwischen Rechtssprache und Alltagssprache (vorrechtlichen sozialen Begriffen und rechtlichen Begriffen) orientiert, um Rechts- und Tatfrage voneinander abzugrenzen[43]. In derselben Richtung liegt auch das Kriterium der logischen Struktur des Satzes, nach dem die Grenze zwischen Revisiblem und Irrevisiblem in der Unterscheidung zwischen singulären Sätzen (irrevisibel) und Sätzen mit der Struktur eines logischen Allsatzes (revisibel) zu erblicken ist[44]. Ob dieses Kriterium eine präzise Grenzziehung ermöglicht, braucht hier nicht analysiert zu werden.

So sind z. B. „erotische Darstellung" oder „beleidigende Aussage" Begriffe der Alltagssprache mit vorrechtlicher sozialer Natur und mit

[43] Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. 1993, S. 386; *Schünemann*, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1993, S. 299 ff, 311.

[44] Vgl. *Rüssmann*, in: *H. J. Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 243 ff, 267; *Kuhlen*, in: *L. Burgmann/M. T. Fögen/A. Schmincke* (Hrsg.), Cupido legum, 1988, S. 99 ff; *Neumann*, GA 1988, 389 ff.

einer gewissen „Sinnautonomie", die innerhalb einer Gesellschaft einen mehr oder weniger festen Inhalt haben. Daß sie von Regeln konstituiert werden, ist nicht das Ausschlaggebende. Nicht nur institutionelle Tatsachen oder „Kulturtatsachen"[45] werden aus Regeln konstituiert, sondern fast alle Begriffe; sie sind, um mit *Carnap* zu sprechen, Konstitutionsbegriffe und werden aus Begriffen niederer Stufe konstituiert. Wenn das so ist, dann ist es nicht einleuchtend, daß ein Urteil über den pornographischen Charakter eines Buches in der Revisionsinstanz aufgehoben werden kann, mit der Begründung, der Tatrichter habe die Regeln verkannt, welche diesen Charakter bestimmen. Würde man dasselbe sagen, wenn der Tatrichter die Regeln verkennen würde, die bestimmen, wann es sich um die Darstellung eines erotischen Bildes oder eines nackten menschlichen Körpers handelt? Die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage hat nicht mit dem durch Regeln bestimmten Inhalt eines Begriffs zu tun, sondern mit dem Sinn (nach rechtlichen oder vorrechtlichen Maßstäben), mit dem ein Begriff in einer Vorschrift benutzt wird. Bei der „pornographischen Schrift" geht es mehr um ein Wertprädikat nach dem deliktischen Sinn des § 184 StGB; dies ist etwa bei den Begriffen „fremd" in § 242 StGB oder „Wohnung" in § 123 StGB nicht der Fall. Deshalb ist die irrtumsdogmatische Behandlung beider Fälle unterschiedlich[46].

Mag der Tatsachenbegriff nicht überall dieselbe Bedeutung haben, wo er auftaucht, so bleibt er doch in seinem Kern derselbe. Bei ihm geht es um eine intersubjektive Nachprüfbarkeit, um einen „etablierten", „pragmatischen" Glauben im Rahmen einer Kommunikationsgesellschaft, der nichts mit der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Elementen zu tun hat und sich nicht auf naturwissenschaftlich faßbare Sachverhalte beschränkt.

[45] So *Lampe*, JR 1985, 160; *Neumann*, GA 1988, 402.

[46] Vgl. *Puppe*, GA 1990, 174 f.

Bemerkungen zur objektiven Zurechnung

GÜNTHER JAKOBS

I. Objektive Beherrschbarkeit versus objektive Zurechnung?

Daß der *Jubilar* die Lehre von der objektiven Zurechnung in dem Teil, der sich mit der Mißbilligung einer Risikosetzung befaßt, für teils falsch und ansonsten überflüssig hält, hat er mehrfach[1] ausgeführt. Trotzdem, so hoffe ich, gerät der Beitrag zu einer Geburtstagsgabe, zumal unten (II) eine Möglichkeit gezeigt wird, die Lehre von der objektiven Zurechnung in den Teilen, die nicht die Erfolgszurechnung betreffen, vom Zurechnungsvorgang, so man will, zu lösen und auf eine bestimmte Norminterpretation zu reduzieren, mit den Worten von *Frisch*[2]: auf eine Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, genauer noch, vom Inhalt des Tatbestands, wie *Hirschs* Lehre von der objektiven Beherrsch-

[1] *Hirsch,* Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399, 403 ff; *ders.,* in: *Hirsch/Weigend* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 65, 67 ff; *ders.,* Festschrift für Lenckner, 1998 (der Beitrag wird nachfolgend nach seinen Gliederungspunkten zitiert, da Seitenzahlen zur Zeit der Abfassung des hiesigen Beitrags noch nicht feststehen), III.1–3 mit dem Nachweis weiterer Gegenstimmen Fn. 3; siehe auch *ders.,* Festschrift für Spendel, 1992, S. 43, 44 und passim.

[2] Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 9 ff, 58 f, 66 f. – Zur Terminologie: Einigkeit sollte herrschen, daß der objektive Tatbestand keine abschließende Wertungsstufe darstellt (*Hirsch,* Strafrecht und Kriminalpolitik [Fn. 1], S. 69; *ders.,* Lenckner-Festschrift [Fn. 1], I, weist nunmehr freilich auf einen Zusammenhang von Tatbestandsverwirklichung und „Unrechtsgehalt" hin), daß also mit „objektiver Zurechnung" keine komplette Zurechnung geleistet werden kann – komplett ist die Zurechnung erst nach Feststellung der Schuld –, sondern allenfalls (aber immerhin) ein Schritt (*Roxin,* Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, 11/46). Seit der Studie von *Honig,* Festgabe für Frank, Bd. I, 1930 (Neudruck 1969), S. 174, wird ein in doppeltem Sinn objektives Urteil gefällt (*Honig,* aaO, S. 188: objektive Zweckhaftigkeit): (1) Eine Maßstabsperson als ex ante *urteilende* schätzt die Lage ein und (2) entscheidet, unter Anwendung formeller oder informeller Regeln – als *grenzbewußte* (als „gewissenhafte"), ob der Täter für das Risiko zuständig ist oder nicht, was bejahendenfalls heißt, daß jedenfalls eine Maßstabsperson an der Stelle des Täters sich unerlaubt verhalten hätte (deshalb üblicherweise: objektive Zurechnung). Das ist ein Zwischenschritt! Nur auf die Maßstabsperson als *grenzbewußte* kann nicht verzichtet werden, als ex ante *urteilende* Person mag man zur Ermittlung der Zurechnung (aber auch nur dazu; zur Bestimmung der Abwehrrechte ist auf die objektiv *urteilende* Person nicht zu verzichten; siehe unten Fn. 41) den Täter mit seinen Urteilsfähigkeiten einsetzen; dazu unten II.

barkeit, auf welche noch einzugehen sein wird, als eine solche vom Inhalt des Tatbestands verstanden werden kann.

Für das Vorsatzdelikt behandelt *Hirsch* die Problematik immer wieder an zwei Leitfällen, bei denen die Lehre von der objektiven Zurechnung das Verhalten als erlaubt[3] einstuft: Eine Person wird auf eine Reise geschickt, damit (!) sie durch die üblichen Gefahren, die eine Reise nun einmal mit sich bringt, ums Leben komme, was auch geschieht; und, bei einem technischen Großprojekt werden erwartungsgemäß (!) trotz Beachtung aller Arbeitsschutzvorschriften Arbeiter getötet. In einer frühen Veröffentlichung heißt es zum ersten Fall, es handele sich um „Anstiftung zur Selbstgefährdung"[4] oder, wenn der Reisende die Gefahr nicht selbst überblicke, um einen Fall fehlender Tatherrschaft, da die Gefahr eines Erfolgseintritts sehr gering sei[5]; zum zweiten, es fehle mangels Tatherrschaft in Gestalt „ausreichende(r) gestaltende(r) Einwirkungsmöglichkeit" auf den Eintritt des konkreten Erfolges ein Merkmal des objektiven Tatbestands[6]. Später wird der zweite Fall (technisches Großprojekt) im subjektiven Tatbestand gelöst: Es könne „keine Rede" von einer Vorsatztat sein, „wenn die Vorstellung von der Möglichkeit eines tatbestandsmäßigen Erfolges eine bloß generelle" sei[7]. Abermals später wandert auch die Lösung des ersten Falls in den subjektiven Tatbestand: Dem zur Reise Veranlassenden fehle jedenfalls – möge der Reisende die Gefahr überblicken oder nicht – ein Verletzungsvorsatz, da sich „seine Vorstellung ... lediglich auf das gewöhnliche, allgemeine Risiko des Soziallebens" beziehe, „Opfer eines Unglücksfalls zu werden"[8]. Zuletzt wird die Lösung des zweiten Falls (technisches Großprojekt)[9] im subjektiven Tatbestand als die „herkömmliche" bezeichnet, als

[3] *Hirsch* meint, schon die Terminologie sei falsch; es müsse – statt von einem *erlaubten* – von einem *unverbotenen* Risiko die Rede sein; *Hirsch,* in: LK, 10. Aufl., 1985, vor § 32 Rdn. 32; *ders.,* in: LK, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rdn. 32; aber eine Erlaubnis liegt nach üblichem Sprachgebrauch nicht nur bei aufgehobenem Verbot vor („Erlaubnissatz"), sondern auch bei fehlendem Verbot („Was nicht verboten ist, ist erlaubt!"). – *Hirsch* kritisiert auch die Ausdrucksweise, der Täter *hafte* (Lenckner-Festschrift [Fn. 1], III.1). Wer haftet, kann rechtlich in Anspruch genommen werden; ansonsten entscheidet der Kontext, so daß *Strafhaft* (!) eben nur dem Schuldigen zukommt.

[4] *Hirsch,* ZStW 74 (1962), 78, 100.

[5] *Hirsch,* ZStW 74 (1962), 101.

[6] *Hirsch,* ZStW 74 (1962), 98.

[7] *Hirsch,* in: LK, 10. Aufl., vor § 32 Rdn. 32.

[8] *Hirsch,* Universität zu Köln-Festschrift (Fn. 1), S. 405; *ders.,* Strafrecht und Kriminalpolitik (Fn. 1), S. 68; *ders.,* Lenckner-Festschrift (Fn. 1), II.1 a.

[9] Der erste Fall wird noch bei der Darstellung der Lehre von der Sozialadäquanz genannt (*Hirsch,* in: LK, 10. Aufl., vor § 32 Rdn. 26); seine Lösung soll wohl nicht anders ausfallen als diejenige des zweiten Falls; so ausdrücklich *Hirsch,* Lenckner-Festschrift (Fn. 1), II.1 a; ferner *Küpper,* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990,

„Kriterium, auf das es ... ankommt", jedoch „die objektive Beherrschbarkeit des Kausalgeschehens" angegeben[10].

Die drei Lösungsvarianten, die sämtlich plausibel sind – gewiß ist eine Anstiftung zur Selbstgefährdung straffrei, und ebenso gewiß wird man einen Tatbestandsvorsatz oder eine objektive Beherrschbarkeit so definieren können, daß sie in den genannten Fällen fehlen –, lassen sich auf zwei reduzieren; denn der Mangel an objektiver Beherrschbarkeit ist – wenn Irrtumsfälle ausgeschlossen werden – nichts als die objektive Spiegelung eines tatohnmächtigen Vorsatzes, wie dieser wiederum nichts als die subjektive Spiegelung der objektiven Tatohnmacht ist[11]. Als Lösung verbleiben also „Anstiftung zur Selbstverletzung" und „objektive und subjektive (oder: subjektive und objektive) Tatohnmacht"[12].

S. 92; daneben dürfte die Lösung gültig bleiben, es gehe um eine Anstiftung zur Selbstverletzung.

[10] *Hirsch,* in: LK, 11. Aufl., vor § 32 Rdn. 32, unter Bezug auf *Küpper* (Fn. 9), S. 91 ff.

[11] So jetzt auch *Hirsch*, Lenckner-Festschrift (Fn. 1), II.1 a–c, III.2, wobei zudem die Problematik einer „wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf" (Beispiel: Der mit Tötungsvorsatz Niedergeschossene kommt bei einem Brand im Krankenhaus ums Leben) bereits im objektiven Tatbestand loziert wird (aaO II.1 b).

[12] *Hirsch* hat es jüngst unternommen, die Problematik dergestalt mittels seiner Handlungslehre zu lösen, daß beim Vorsatzdelikt alles, was nicht Tathandlung oder deren Versuch sei, aus der Zurechnung auszuscheiden habe (Lenckner-Festschrift [Fn. 1], III.2). Er führt dazu beispielhaft an, mit der Produktion eines Objekts könne, auch bei gegebenem Vorsatz auf eine später erfolgende Zerstörung, nicht schon zur Zerstörungshandlung angesetzt werden. Daran ist richtig, daß es ohne Ausführung nie zur strafrechtlichen Haftung kommt; aber sehr wohl kann auch haften, wer nicht ausführt. Ein Verweis auf die Beteiligung und ihre Akzessorietät soll genügen. Freilich kommt es beim Verhalten der Nicht-Ausführenden darauf an, ob es im Kontext der Ausführung steht oder nicht, und die Produktion einer Sache dürfte in der Regel nicht im Kontext ihrer Zerstörung erfolgen (anders vielleicht bei der Produktion von Tonscheiben für Scharfschützen); dazu *Jakobs,* GA 1996, 253, 257 ff. – Bei Fahrlässigkeit verhält es sich nicht anders: ohne Ausführung keine Haftung. Abermals läßt sich – wie bei Vorsatz – nicht irgendein erfolgskausales Verhalten zur Tat stilisieren; Tat ist vielmehr nur die Ausführung. Deshalb ist (entgegen *Hirsch* aaO) die *Eröffnung* einer Arztpraxis durch einen Unqualifizierten dann keine geeignete Tathandlung, wenn noch – ihrerseits zu verantwortende – Behandlungsakte des Unqualifizierten folgen müssen, bis es zum Schaden kommt. Aber sehr wohl kann die *Übergabe* eines brandgefährdeten Hochhauses eine Tathandlung sein, wie sie es bei einer Vorsatztat wäre, wenn etwa der Erbauer bei der Übergabe wüßte, daß jederzeit mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Katastrophe eintreten könnte (abermals entgegen *Hirsch* aaO). *Hirsch* beruft sich zur Begründung der beliebigen Vorverlagerung der Ausführung beim Fahrlässigkeitsdelikt auf BGHSt. 42, 235, 236 ff. Aber auch beim Fahrlässigkeitsdelikt kann nur dasjenige Ausführung sein, was, läge Vorsatz vor, Ausführung wäre. Die genannte Entscheidung fällt insoweit eher zufällig richtig aus: Das vom Gericht gewählte frühe Verhalten (ein Sich-Betrinken) war nur deshalb Ausführung, weil das nachfolgende nicht verantwortlich, also von einem Werkzeug, vollzogen wurde; dazu eingehender *Jakobs*, Nishihara-Festschrift, 1998, S. 103, 118 f. Kraß: Wer eine Autofahrt

Zunächst zur ersten Lösung. – Warum ist die Anstiftung zur Selbstverletzung straffrei? Man mag positivrechtlich argumentieren, etwa mangels tatbestandsmäßiger Haupttat sei akzessorische Beteiligung ausgeschlossen. Aber das positive Recht gibt nur einen Grund, soweit es um technokratische Regelungen geht (Rechts fahren!) oder um einen Machtspruch zur Überwindung einer Zerrissenheit der Gesellschaft (Faktisch Fristenlösung!). Ansonsten ist das positive Recht nichts als Folge, Überbau eines Grundes, den es seinerseits erst einmal zu entdekken und zu formulieren gilt. Der Grund für die Akzessorietätslösung des geltenden Rechts bei der Anstiftung zur Selbstverletzung ist nicht schwer zu finden: Es handelt sich um das Synallagma von Handlungsfreiheit und Folgenverantwortung, die überhaupt wichtigste Institution der Gesellschaft; frei entscheiden zu können, heißt immer zugleich, das Produkt der Entscheidung als sein (positiv zu bewertendes) Werk reklamieren zu dürfen wie als sein (negativ zu bewertendes) Werk verantworten zu müssen. Deshalb endet die Selbstverantwortung auch nicht mit dem Ende des aktuellen Wissens, sondern mit dem Ende der Freiheit des Entscheidenden[13]. Beispielhaft: Geht es um eine Reise in einem Sessellift bei erkennbar windigem Wetter und bedenkt der Reisende nicht die Gefahr einer Nierenentzündung, wohl aber der zur Reise Animierende, der vielleicht sogar die Obliegenheitsvergessenheit des anderen kennt, so ist die Freiheit des Reisenden nicht eingeschränkt, da nichts ihn hindert, seine Interessen selbst zu wahren, so daß eine Anstiftung zu einer – freilich unvorsätzlichen – Selbstgefährdung oder (bei Eintritt der Nierenentzündung) Selbstverletzung vorliegt und nicht etwa eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft. Völlig zutreffend führt *Hirsch* aus, die Verkehrsgerechtheit eines Verhaltens hänge „davon ab, welches Maß an Sorgfalt der Gefährdete in der konkreten Situation von dem sich gefährlich Verhaltenden erwarten" dürfe[14], und im anstehenden Fall darf der Reisende gewiß nicht erwarten, ihn Animierende würden die Sorgfalt einer Amme aufbringen (wenn es sich nicht gerade um den behandelnden Arzt oder die Ehefrau handelt). Die Beziehung zwischen dem Anstifter und dem Angestifteten ist eben nicht eine solche zwischen zwei Buchungsstellen für aktuelles Wissen, sondern zwi-

beginnt, obgleich er zu – durchaus vermeidbaren – Geschwindigkeitsüberschreitungen mit schlimmen Folgen neigt, soll nicht das Fahren überhaupt lassen (das gesamte Vorverhalten), sondern das übermäßige Beschleunigen (die Ausführung).

[13] A. A. *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 62.

[14] ZStW 74 (1962), 97.

schen zwei jeweils freien Personen[15]. Sieht man die Anstiftung zur Selbstverletzung in der geschilderten Weise, so ist sie nichts als ein Fall des Zusammenwirkens mit einer Person, die auf eigene Gefahr handelt, mit anderen Worten, sie ist ein Fall fehlender objektiver Zurechenbarkeit.

Nunmehr zur zweiten Lösung, zur objektiven und subjektiven Tat-(ohn)macht. Nimmt man die „objektive Beherrschbarkeit"[16] als reines Faktum, so ist sie in dem von *Hirsch* herangezogenen Fall (technisches Großprojekt) durchaus gegeben. Man unterstelle, beim Bau eines Hochhauses sei mit einer bestimmten Zahl schwerer Körperverletzungen zu rechnen (Versicherungen wissen solches ziemlich exakt zu kalkulieren); der Betreiber des Baus hat dann genau folgende faktische Macht: Er betreibt den Bau und bewirkt die Verletzungen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit, oder er läßt die Baupläne fahren und niemand wird verletzt. Aber eine solche an den faktischen Chancen orientierte Interpretation der Tatmacht (der „objektiven Beherrschbarkeit") würde *Hirsch* wohl zu Recht als sachfremd zurückweisen. Als nur ein anderes Wort für das Entstehen-lassen-Können von Risiken wäre die Tatmacht schlechthin stets gegeben, wo ein – noch so minimales – Risiko geschaffen wird, und wäre deshalb neben der Risikoschaffung ohne jede Bedeutung.

Dasselbe gilt für die subjektive Spiegelung: Wenn es am Tatbestandsvorsatz mangelt, soweit nur eine generelle Vorstellung von der Möglichkeit eines Erfolges gegeben ist[17], so darf das Nur-Generelle, das zum Vorsatz nicht Hinreichende der Vorstellung, offenbar nicht schon ausgeschlossen werden, wenn überhaupt eine benennbare Erfolgswahrscheinlichkeit geschaffen wird; denn bei einem solchen Verständnis hätte das Vorsatzerfordernis des Nicht-nur-Generellen abermals – nämlich wie auf der objektiven Seite – keinerlei Bedeutung.

Nun könnte sich die Grenze der Tatmacht wie ihrer subjektiven Spiegelung aus der *individuellen* Erfahrung ergeben. Schaut man bei *Hirschs* Schüler *Küpper* nach, scheint zunächst einiges für eine solche Bestimmung zu sprechen; denn *Küpper* bezieht sich auf die *Welzel*sche Differenzierung von „Hoffen" und „Verwirklichen-Wollen"[18], also auf die Ge-

[15] Auf einem anderen Blatt steht, daß das geltende Recht, da bei seiner Abfassung die Zugehörigkeit der Beteiligungslehre zur objektiven Zurechnung noch nicht durchschaut war, bei *Fremd*verletzungen die Anstiftung zur unvorsätzlichen Fremdverletzung als mittelbare Täterschaft wertet; dazu kritisch *Jakobs,* GA 1996, 265 ff; *ders.,* GA 1997, 553, 557 f.

[16] *Hirsch,* in: LK, 11. Aufl., vor § 32 Rdn. 32.

[17] Wie Fn. 7.

[18] *Küpper* (Fn. 9), S. 92 Fn. 67, unter Bezug auf *Welzel,* Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 66; – zum Reisebeispiel, dort „wünschen" statt „hoffen".

ringfügigkeit der Chancen in individueller Sicht einerseits oder ihre Beachtlichkeit in eben dieser Sicht andererseits. Aber gegen ein solches Verständnis spricht nicht nur die Benennung der Tatmacht als „*objektive* Beherrschbarkeit", sondern mehr noch ihre Funktion: Sie soll ja zur *Interpretation* des objektiven – und dann auch subjektiven – Tatbestands helfen, darf also nicht auf einen einzelnen Wissenshorizont abgestimmt, sondern muß auf das allgemein Bekannte ausgerichtet werden.

Bei dieser Lage bleiben die Möglichkeiten, die Interpretation der Tatmacht durch eine objektiv (nicht individuell) bestimmte Risikoquantität zu versuchen oder durch die Herausarbeitung bestimmter Risikotypen (was einen Blick auf das Risikoquantum nicht ausschließen muß). Die allein quantitätsbestimmende Variante läßt sich einigermaßen rasch ausschließen; denn es liegt auf der Hand, daß die Gesellschaft das Hervorrufen quantitativ völlig identischer Risiken je nach Kontext einmal als tolerierbar und ein anderes Mal als sozial auffällig behandelt. So ist etwa das Risiko, das beim – korrekten! – Autofahren bei Nebel und Glatteis eingegangen werden darf, ungleich höher als dasjenige des „Normal"-Verkehrs, und wer im letzteren die Risikomarge auf das Nebel-Glatteis-Maß heraufschraubt, muß für „Verwirklichungen" einstehen. Oder, ein leicht betrunkener Routinier fährt – zwar unerlaubt, aber – gewiß sicherer als ein nüchterner Anfänger – trotzdem hat er abermals für „Verwirklichungen" einzustehen.

Offenbar läßt sich die Komplexität der Inhalte der Verbote und Erlaubnisse nicht in Risikoquantitäten auflösen. *Küpper* bringt die Problematik auf die durchaus brauchbare Formel, zu prüfen sei, ob der Handelnde „sein Werk" realisiere[19]. Damit wird freilich der Grund der Straffreiheit der Anstiftung zur Selbstverletzung wieder thematisiert, nämlich die Freiheit der Person. Werk einer Person ist das Produkt *ihrer* Freiheit, nicht aber dasjenige der Freiheit *anderer*. Es muß also gefragt werden, wann sich die Freiheit eines Handelnden in seinem „Werk" objektiviert, wann es weiterhin um das „Werk" eines anderen Täters oder um dasjenige des Opfers geht (und wann schließlich das Opfer mit dem Schaden als mit einem Unglück fertig zu werden hat). Die Antwort auf diese Frage liegt ebensowenig verborgen wie diejenige nach dem Grund der Straffreiheit der Anstiftung zur Selbstverletzung: Wenn der Täter ein Risiko schafft, das vom Opfer hingenommen werden muß, weil das Risiko nun einmal zur erlaubten Gestalt der Gesellschaft gehört, dann fehlt dem Täter per definitionem die „objektive Beherrschbarkeit", eben weil es Aufgabe des Opfers ist, mit dem Risiko fertig zu werden; und

[19] *Küpper* (Fn. 9), S. 93.

in der Umkehrung ist Werk des Täters, was durch ihn entsteht und weder vom Opfer (und sei es als Zufall) noch von dritten Personen zu verantworten ist.

Dasselbe Bild zeigt sich auf der subjektiven Seite: Die Vorstellung bleibt nur-generell, ist also kein Tatvorsatz, solange sie sich einzig auf Ereignisse bezieht, die den Rahmen der nicht zu verantwortenden Handlungsfolgen nicht übersteigen; findet aber der Überstieg statt, wird sie notwendig speziell, eben tatbestandsbezogen.

Die Tatmacht hängt also von der Risikoart ab – unerlaubt, also vom Täter zu verantworten, oder nicht unerlaubt, also Sache eines anderen Täters oder des Opfers –, wobei freilich nicht für alle Risiken bei demselben Quantum der Umschlag vom Erlaubten zum Unerlaubten erfolgt; vielmehr wird in aller Regel die Beurteilung um so eher umschlagen je größer der drohende Schaden ist (ein Atomkraftwerk muß intensiver „objektiv beherrscht" werden als ein Lagerfeuer und vice versa). Einzelheiten mögen hier dahinstehen; jedenfalls werden die Tatmacht, die „objektive Beherrschbarkeit" und ihre subjektive Spiegelung, das Nicht-nur-Generelle der Vorstellung, normativ begrenzt. Sie sind in personale Strukturen (Tatmacht, nicht-nur-generelle Vorstellung) übertragene gesellschaftliche Institute, hier: eine Übertragung des Instituts des (nicht mehr) erlaubten[20] Risikos.

Mit anderen Worten, die Person, die als Subjekt ihre gesellschaftliche Gestalt akzeptiert und verinnerlicht hat[21], kann nicht anders, als ihre Möglichkeiten und Grenzen als Tatmacht (oder als spezielle Vorstellung) und als Tatohnmacht (oder als nur-generelle Vorstellung) in derjenigen Gestalt zu sehen, die mit den Erwartungen, die gesellschaftlich garantiert werden, völlig identisch ist. Damit soll freilich nicht so etwas wie eine Priorität der Gesellschaft vor dem Subjekt behauptet werden[22]; man mag auch formulieren, die bei den Subjekten ausgebildeten Strukturen ermöglichten eine Gesellschaft entsprechender Gestalt. Kurzum, es interessiert hier nicht, ob die Lehre von *Hirsch* der Lehre von der objektiven Zurechnung logisch vorausgeht oder ob es sich umgekehrt verhält, sondern einzig, daß beide Lehren einmal im System „Subjekt", ein anderes Mal im System „Gesellschaft", zwingend Korrespondierendes beschreiben. Ist es erst einmal erkannt, daß es um die Tatmacht oder

[20] Siehe oben Fn. 3 zum Unverbotenen.

[21] *Jakobs,* Norm, Person, Gesellschaft, 1997, S. 29 ff, 33 ff.

[22] Nutzlos der Prioritätenstreit bei *Küpper* (Fn. 9), S. 93 Fn. 70, gegen *Krauß,* ZStW 76 (1964), 19, 46; zur Nutzlosigkeit solcher Prioritätsbehauptungen siehe auch *Jakobs* (Fn. 21), S. 44 ff, 49 f.

die nicht-nur-generelle Vorstellung gesellschaftlich gebundener Subjekte geht, nicht aber um Ordnungsvorstellungen, die den menschlichen Individuen von Geburt an als natürliche Ausstattungen mitgeliefert werden, so fällt es leicht, den Anfang bei der Person, die sich als Person begriffen hat, also den Anfang beim Subjekt[23], nicht mehr als Gegensatz zu einem Anfang bei den gesellschaftlichen Institutionen zu begreifen, sondern als einen Zugang von einer anderen Seite. „Die dem Recht zugrundeliegende Wirklichkeit ist die im praktischen Handeln gegebene Wirklichkeit des sozialen Lebens"[24]. Der Ansatz beim „praktischen Handeln" immunisiert nicht gegen die prägende Kraft der sozialen Institutionen[25], wie der Ansatz bei der „Wirklichkeit des sozialen Lebens" nicht davon befreit, dieses als „praktisches Handeln" darzustellen, und davon soll nachfolgend die Rede sein.

[23] *Jakobs* (Fn. 21).

[24] *Welzel,* ZStW 58 (1939), 491, 496. Die Vereinbarkeit der Lehre *Welzels* mit derjenigen von der objektiven Zurechnung, mehr noch, die Ausrichtung *Welzels* (auch) darauf, hat *Cancio Melia* in einem sehr bemerkenswerten Aufsatz dargelegt (GA 1995, 179), auf den hier zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen sei.

[25] *Hirsch* hat gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung gerade wegen der Berücksichtigung sozialer Institutionen den Vorwurf erhoben, „unscharfe Allgemeinbegriffe an die Stelle sachlich präziser Begriffsbildung und Systematisierung zu setzen" (Strafrecht und Kriminalpolitik [Fn. 1], S. 69 f; ähnlich *ders.,* Universität zu Köln-Festschrift [Fn. 1], S. 407; *ders.*, in: LK, 11. Aufl., vor § 32 Rdn. 32; *ders.,* Lenckner-Festschrift [Fn. 1], III.1, Text zu Fn. 47; auch *Küpper* [Fn. 9], S. 115 f und passim). Eingeräumt sei vorab eine bemerkenswerte *Rand*unschärfe (der Kern ist gesichert). Aber diese ist unvermeidbar, weil sachangemessen. Soweit formelle Normen zur Scheidung des Zurechenbaren von fremden „Werken" fehlen, bleibt eben nur der Rückgriff auf die „Wirklichkeit des sozialen Lebens" (*Welzel*), was nicht heißt, jeder Schlendrian entwickele normative Kraft, sondern das kommunikativ stabil als richtig Genommene und in diesem Sinn Wirkliche gelte auch als das Richtige. Wenn dessen Beschreibung genauer ausfällt, als es selbst ist, muß sie falsch sein, und das stabil kommunikativ als richtig Genommene kann in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht in einer scharfen Linie, sondern nur in einer Grauzone enden, da diverse Retardierungen wie Entwicklungen nie ausgeschlossen werden können. Bei dieser Lage betreffen exakte Begriffe entweder Nebensächliches oder sind falsch gebildet. Beispielhaft: Im Interesse der Produktion lag die Grenze zum Unerlaubten, was – auch informelle – Arbeitsschutzregeln angeht, in den fünfziger Jahren gewiß unvergleichlich höher, als sie heute liegt. Die Grenze wurde permanent gesenkt, was es eben erschwerte, zu irgendeinem Zeitpunkt eine exakte Höhe anzugeben, und unmöglich machte, die aktuelle Höhe durch langjährige Rechtsprechung zu verdeutlichen und abzustützen. Aber diese Unsicherheit schwindet keineswegs, wenn die Problematik in der Terminologie „Sorgfaltswidrigkeit/-gemäßheit" oder, Vorsatz unterstellt, „genereller/spezieller Vorsatz", „Beherrschbarkeit/keine Beherrschbarkeit" formuliert wird; denn ein präziser *Verweisungs*begriff („genau das Zeitangemessene") bezöge sich auf eben Ungenaues, aber ein präziser *selbständiger* Begriff würde die Entwicklung verfehlen und wäre bestenfalls an *einer* Stelle der Entwicklungslinie angemessen.

II. Das objektive Minimum bei der objektiven Zurechnung

Es geht weiterhin nur um die Mißbilligung eines Risikos, nicht um Erfolgszurechnung[26]. Wie diese Mißbilligung zustandekommt, wird üblicherweise am genauesten zum Fahrlässigkeitsdelikt beschrieben, ohne freilich darauf beschränkt zu sein; eine deliktische, aber – etwa – erlaubt riskante oder auf eigene Gefahr des „Opfers" verwirklichte, jedenfalls: sorgfaltsgemäße Vorsatztat wäre eine contradictio in adiecto.

Das wird insoweit bestritten, als die Zurechnungsregeln des Vorsatzdelikts gegenüber der Lehre von der objektiven Zurechnung Vorrang genießen sollen, und zwar soll „die objektive Zurechnung (schon) ... ein Bestandteil des Handlungsbegriffs" sein. „Was nicht in der Tatmacht des Handelnden liegt, kann ihm als ‚personales Aktionszentrum' nicht zugerechnet werden"[27]. Man mag das so sehen, muß dann aber den Begriff der „Tatmacht", den Begriff vom „Werk" des Täters[28] um den *gesamten* Bereich des objektiv nicht Zurechenbaren stutzen, nicht nur um die relativ „weichen" Fälle ubiquitärer Risiken[29]. „Harte" Fälle finden sich im Bereich des Regreßverbots (oder wie man das Erfordernis des Unerlaubten bei akzessorischer Beteiligung auch immer nennen mag[30]) und des Handelns auf eigene Gefahr. Ein Beispiel zu ersterem: Wenn in der „Wirklichkeit des sozialen Lebens"[31] niemand auf die Idee kommt, den Klavierabend des Pianisten auch dem Taxifahrer als „Werk" gutzuschreiben, der den Künstler zum Konzertsaal gefahren hat, so wird man nicht begründen können, daß der Taxifahrer dann mit dem „Werk" etwas zu tun haben soll, wenn der Pianist zum Aktionskünstler mutiert, der – ohne Erlaubnis des Eigentümers – die Tastatur mit einem Hammer traktiert. „Werk" einer Person ist das Produkt *ihrer* Freiheit; im Beispielsfall dürfte es im Guten wie im Bösen um das „Werk" des Künstlers gehen, der, nach seinen Beteiligten befragt, vielleicht einmal *Busoni* und das andere Mal *Nietzsche* nennt, aber gewiß keinen Taxifahrer, mag dieser was auch immer gewußt haben oder erkennen kön-

[26] Siehe oben zu Beginn von I.

[27] *Küpper* (Fn. 9), S. 93.

[28] *Küpper* (Fn. 9), S. 93.

[29] Bei diesen Fällen läßt sich die Problematik des Sonderwissens (unten Fn. 38) nicht völlig ausklammern: Das macht gerade deren Härte aus!

[30] Dazu zuletzt mit umfassenden Nachweisen *Wohlleben,* Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996. *Wohllebens* eigene Lösung fällt freilich viel zu stark psychologisierend aus: Erwartungen, jemand werde kraft seines Wissens die Situation beherrschen (S. 159 f, Regeln 1 und 2), können nur Verhalten leiten, soweit Wissen erwartet werden darf; aber daran fehlt es bei rollenübergreifendem Wissen.

[31] *Welzel* (Fn. 24).

nen (fahrlässige Sachbeschädigung ist freilich de lege lata straffrei). Entsprechend verhält es sich beim Handeln auf eigene Gefahr; auch dazu ein Beispiel: Wenn dem Verkäufer eines normalen Schnitzbestecks nicht auch die Skulptur als (auch) sein Werk zugeschrieben wird, die der Käufer mit Hilfe der Instrumente schafft, so auch nicht die Wunde, die das ungeschickt eingesetzte Gerät beim Käufer oder dessen Gehilfen reißt, und zwar auch dann nicht, wenn der Verkäufer dem extrem fahrigen Käufer, der sich zudem jeden Rat verbat, solche Fehlleistungen allemal zutraute (Vorsatz) oder doch hätte zutrauen können (Fahrlässigkeit).

Damit soll nicht behauptet werden, die genannten Fälle seien damit endgültig gelöst, aber sehr wohl, daß die „objektive Beherrschbarkeit" für die „objektive Zurechnung" genannte Problematik geöffnet werden muß, wenn es um die Zuschreibung von „Werken" gehen soll. Verfährt man so, unterscheiden sich allerdings die Regeln der „objektiven Beherrschbarkeit" nicht mehr von denjenigen zur Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt; in beiden Fällen handelt es sich um Regeln zur Scheidung zwischen eigenen Werken, Werken anderer Täter, Werken des Opfers und dessen Unglück. Unter welchem *Namen* diese Scheidung geschieht, ist eine cura posterior. Wenn *Hirsch* einige vorliegende Versuche einer Scheidung als „Statements" abtut[32], so mag diese Qualifikation stimmen, aber die Vertreter von der Lehre von der objektiven Beherrschbarkeit werden solche auch noch formulieren müssen, wenn sie nicht vor den Problemen ausweichen. Wie will man etwa im Kontext *negativer* Pflichten die Frage, ob ein Lieferant ubiquitär legal erhältlicher Produkte sich darum kümmern muß, was der Empfänger damit anstellt (vielleicht baut dieser Lampenschalter in Höllenmaschinen ein), anders beantworten als mit dem „Statement", im Wirtschaftsleben gehe es um eine nur – hier: auf einen Kaufvertrag – beschränkte Gemeinsamkeit (also: Regreßverbot)? Wieso gibt eine solche Antwort weniger an Begründung als ein Verweis auf einen bislang nur für einzelne Fallgruppen entwickelten Begriff der objektiven Beherrschbarkeit?

Die Mißbilligung beim Fahrlässigkeitsdelikt – nach hiesiger Ansicht also keine andere als beim Vorsatzdelikt – hat man sich nach der überwiegenden, auch von *Hirsch* vertretenen[33] Ansicht so vorzustellen, daß ein „gewissenhafter" Angehöriger des relevanten Verkehrskreises, der auch über ein eventuell vorhandenes Sonderwissen der handelnden Per-

[32] Lenckner-Festschrift (Fn. 1), III.1 (Text zu Fn. 47).

[33] *Hirsch,* in: LK, 10. Aufl., § 230 Rdn. 6.

son verfügt[34], das Handlungsprojekt nebst den ihm erkennbaren Konsequenzen beschreibt und sodann dahin beurteilt, es sei gesellschaftlich unverträglich[35]. Es soll in einem doppelten Sinn um eine objektive Sorgfaltswidrigkeit[36] gehen: Die ex ante die Risiken einschätzende und in diesem Sinn *urteilende* Person ist ebenso objektiv bestimmt wie die über die Grenzen der (Un-)Erträglichkeit entscheidende, also *grenzbewußte*[37].

Die Tat des Täters wird also als Tat einer Maßstabsperson gedacht und dieser als Unrecht zugerechnet. Die Lehre, die zum Vorsatzdelikt (!) auf „objektive Beherrschbarkeit" abstellt (oder darauf, was sich als „Werk" des Täters darstellen läßt), muß ganz entsprechend verfahren. Auf die Sicht ex post kann es nicht ankommen; denn ist der genaue Verlauf bekannt, kann er immer auch beherrscht werden; neben der Kenntnis von der konkreten Kausalität ist für eine Beherrschbarkeitsprüfung kein Raum mehr. Soll es nicht um ex post bestimmte Kausalität, aber doch um eine Beherrschbarkeit gehen, deren Vorliegen schon zum objektiven Tatbestand konstatiert werden kann (so daß zum subjektiven Tatbestand nur noch zu prüfen ist, ob der Täter um das Gegebene weiß), so muß die Prüfung der Beherrschbarkeit für eine objektiv ausgestattete Maßstabsperson vorgeschaltet, also als objektive Zurechnung ausgestaltet werden. Beispielhaft: Ex post steht fest, daß der Tod eines Arbeiters, der in einen dann einstürzenden Bergwerksstollen geschickt wurde, beherrschbar war. Ex ante läßt sich dasselbe Urteil zum objektiven Tatbestand nur fällen, wenn eine Maßstabsperson entsprechend urteilt.

Man wird gegen diese Vorgehensweise kaum einwenden können, sie führe nicht zum richtigen Ergebnis; denn sie legt ja nur ein Haftungshöchstmaß fest, von dem in mehrfacher Hinsicht noch nicht ausgemacht ist, ob es reduziert werden muß: Kommt es auf das Sonderwissen des Täters überhaupt an? Entspricht der objektiven Kenntnis der Lage die subjektive? Und, wieso entscheidet das „Gewissen" eines objektiv bestimmten Verkehrsteilnehmers und nicht dasjenige des Täters? Die Antwort auf die erste Frage wird hier so weit wie möglich ausgeklammert[38], aber die beiden folgenden sollen behandelt werden.

[34] Zu dieser Inkonsequenz *Struensee,* JZ 1987, 53, 58 f.

[35] *Roxin* (Fn. 2), 24/46 ff; *Jescheck/Weigend,* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 577 ff; *Kaminski,* Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 1992.

[36] *Hirsch,* in: LK, 10. Aufl., § 230 Rdn. 6 i. V. m. 5; *Jescheck/Weigend* (Fn. 35), S. 577.

[37] Siehe schon oben Fn. 2.

[38] Siehe aber oben Fn. 29. Zum Sonderwissen *Jakobs,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/49 f; siehe auch oben den Text zu Fn. 13.

Zunächst zur Frage nach dem Sinn der objektiven Lagebeurteilung, wo doch die subjektive[39] den Umfang der Zurechnung begründet wie begrenzt. Nun kommt es in bestimmten Zusammenhängen einigermaßen evident auf eine objektive Lagebeurteilung an, so etwa zum Begriff der Gefahr beim aggressiven Notstand, was insbesondere *Hirsch* im einzelnen präzisiert hat[40]. Eine Pflicht zur Solidarität läßt sich nicht auf – subjektiv noch so gut geprüftes – Meinen[41] gründen; denn sonst würde der Duldungspflichtige einem Urteil unterworfen, das gesellschaftlich nicht bindet. Die Duldungspflicht kann vielmehr nur aus einem fachmännischen Urteil resultieren, was heißt, aus einem unter den gegebenen Bedingungen nun einmal gültigen Urteil[42].

[39] Genauer: die als subjektiv *zugeschriebene* Lagebeurteilung.

[40] *Hirsch,* Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 545; *ders.*, in: LK, 11. Aufl., § 34 Rdn. 27 ff. *Hirsch* unterscheidet zwischen Gefährlichkeit (einer Handlung; die Maßstabsperson steht in der Situation des Handelnden) und Gefahr (alle in der Geschehenssituation überhaupt feststellbaren Umstände sind zu berücksichtigen); die Notwendigkeit der Unterscheidung wird unter anderem damit begründet, ansonsten wachse bei unvermeidbarer Putativnotwehr ein Verteidigungsrecht im Rahmen des defensiven Notstandes zu (in: LK, 11. Aufl., § 34 Rdn. 28 mit Fn. 70). Schlägt man aber den defensiven Notstand dem Rechtfertigungsprinzip der Verantwortung oder Veranlassung zu (*Jakobs,* Allg. Teil [Fn. 38], 11/3), so müssen die Verantwortung oder Veranlassung begründenden Umstände *wirklich* (objektiv ex post) vorliegen, wobei freilich auch ein *zurechenbar* erregter Anschein eines Angriffs Verantwortung begründen kann.

[41] Nach *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 224, 267 (ebenso *Schaffstein,* Festschrift für Bruns, 1978, S. 89), ist „Unrecht ... immer dann ausgeschlossen, wenn die vom Täter angenommene (!) Gefahr mit Rücksicht auf die vom Täter in der von ihm angenommenen (!) Situation gegebenen Möglichkeiten nicht anders als durch die rechtsgutsverletzende Handlung zu beseitigen intendiert werden konnte" und das Angenommene die Rechtfertigung schlüssig ergibt. Aber aus dieser Beschreibung der Grenzen *eines* Bewußtseins folgt kein Eingriffsrecht, also keine gegenüber dem Opfer wirksame Handlungserlaubnis, sondern nur Zurechnungsfreiheit, diese eben wegen der Beschränktheit des Bewußtseins. Von strafrechtlicher Zurechnung frei sein und eingreifen dürfen ist zweierlei. Zwar kann letzteres nie ohne ersteres vorliegen, aber ersteres sehr wohl ohne letzteres, wie daran zu sehen ist, daß bei gegebenem Eingriffsrecht allein die geringeren Solidaritätspflichten die Handlungsfreiheit begrenzen, während bei Nicht-Zurechenbarkeit, aber fehlendem Eingriffsrecht, trotz des Freiseins von Strafe die erheblich stärkere (bei der Abwehr mehr Befugnis einräumende) Zuständigkeit für die Konfliktlösung nach den Regeln des defensiven Notstands bleibt; dazu *Jakobs,* Allg. Teil, (Fn. 38), 11/13 ff, auch 6/72 f, 11/7.

[42] Gegen die Lehre, die bei diesem objektiven Urteil ein Sonderwissen – anders als *Hirsch* – nicht berücksichtigt, ließe sich einwenden, der Eingreifende könne nicht zu einem Eingriff – als Garant oder nach § 323 c StGB – verpflichtet sein, den er als nutzlos erkannt habe. Aber er kann dieser an sich bestehenden (!) Pflicht entkommen, indem er sein Sonderwissen in seine Rolle einbringt (*Jakobs,* Allg. Teil [Fn. 38], 7/50 a. E.). Solange er das Einbringen nicht erkennbar macht – er unternimmt nichts, ohne zu erkennen zu geben, warum – muß er sich als jemand behandeln lassen, der sich als

Anders bei der Prüfung, ob ein Verbrechen vorliegt! Während die Notstandsrechtfertigung eine Lagebeurteilung voraussetzt, für die ein gewisses Maß an Allgemeingültigkeit beansprucht werden kann (und die Notwehrrechtfertigung sogar *ex post* die Verantwortlichkeit des Abgewehrten indizieren muß[43]), geht es bei der Verbrechensfrage, solange als Dogma gilt, der Täter habe zwar für Normuntreue, nicht aber ansonsten für Mängel seiner Konstitution einzustehen (Schuldprinzip), um die Beurteilung aus der Sicht des Täters. Freilich muß der Täter in kommunikativ relevanter Weise zu seinem Urteil kommen, also ohne abergläubische oder sonst dem naturwissenschaftlichen Weltbild widersprechende Annahmen[44]; aber ansonsten darf das Urteil aus *seiner* Sicht gefällt werden. Das Strafrecht garantiert – anders als das Zivilrecht – keine Standardleistungen von speziellen Rollenträgern (Ärzten, Autofahrern etc.), sondern einzig die Standardleistung der allgemeinen Bürgerrolle: hinreichende Rechtstreue. Wer diese Standardleistung erbringt, haftet – mangels Erkennbarkeit der Norm oder wegen unvermeidbarer Annahme einer Rechtfertigungssituation oder mangels Erkennbarkeit der Verwirklichung des objektiven Tatbestands – strafrechtlich auch dann nicht, wenn er hinter dem Standard einer speziellen Rolle weit zurückbleibt. Deshalb ist es für die Verbrechensfrage – nicht schädlich, aber – schlechthin überflüssig, in den objektiven Tatbestand eine objektive Lagebeurteilung einzubauen: Über die beste mit hinreichender Rechtstreue erreichbare subjektive Lagebeurteilung geht die Haftung doch nicht hinaus[45].

Was die Lagebeurteilung angeht, so hat ein objektives Urteil also allenfalls die Funktion, Sonderwissen *abzuschneiden* – davon soll hier, wie schon ausgeführt wurde[46], nicht gehandelt werden. Ansonsten kommt es nicht auf ein solches Urteil an; denn die höchstens erreichbare Lagebeurteilung abzüglich der dem Täter unzugänglichen Lage-

rechtswidrig Unterlassenden darstellt. – Auch zur Begründung einer Gefahr kann (nicht: muß) der Täter sein Sonderwissen in seine Rolle einbringen.

[43] Oben Fn. 40.

[44] *Jakobs,* Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 271, 277 ff.

[45] Treffend *Stein,* in: *Wolter* (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 233, 236, der – gleichfalls treffend – darauf hinweist, daß es auch nicht darauf ankommt, ob eine Maßstabsperson weitere Erkundigungen eingezogen hätte oder ähnliches; denn den Anlaß dazu könnte wiederum nur die Lagebeurteilung des Täters geben. Der mit hinreichender Rechtstreue versehene Täter, der nicht *selbst* zu dem Urteil gelangen kann, es bestehe ein Risiko der Tatbestandsverwirklichung, kann nicht vermeiden. – Eingehend demnächst *Lesch,* Grundlinien einer funktionalen Revision des Verbrechensbegriffs, Habilitationsschrift 1998, 2. Kapitel IV.2 c.

[46] Siehe Fn. 38.

beurteilung ist gleich der dem Täter erreichbaren Lagebeurteilung. Die Sorge, die Lehre von der objektiven Zurechnung trage in das Vorsatzdelikt ein dort nicht hingehörendes objektives Moment hinein, ist *im Ergebnis* ebenso unbegründet wie die Ansicht, ohne ein solches Moment könne man beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht auskommen: Alles erforderliche Objektive läßt sich zum Norminhalt schlagen.

Zur dritten Frage: Diese, wenn man so will, „Subjektivierung" (aber die am Anfang stehende hinreichende Rechtstreue muß objektiv hinreichen) bezieht sich einzig auf die Lagebeurteilung als Kalkulation der bestehenden Risiken und Chancen und der sonstigen zur sozialen Situation gehörenden Daten (Wer tritt in welcher Rolle auf, wie beteiligt sich das Opfer etc.?). Das Programm, nach dem diese – damit in ihrem Stand beschriebene und in ihren Entwicklungsmöglichkeiten beurteilte – Lage als tatbestandsmäßig oder nicht tatbestandsmäßig bewertet wird, schreibt eine objektiv bestimmte Person[47], welche die formellen und informellen Normen der Gesellschaft kennt und begreift, was heißt, die dem einzelnen Täter erkennbare Lage werde nach den Rechtsnormen (Beispiel: Das Risiko, das ein wegen Trunkenheit Fahruntüchtiger schafft, ist unerlaubt.) oder den informellen Normen, wie sie von anerkannten Fachleuten angewandt werden, beurteilt (Beispiele zu letzterem: Das Risiko, das sich ergibt, wenn ein sechsjähriges Kind allein eine stark befahrene Straße außerhalb eines Fußgängerüberwegs überquert, ist unerlaubt. – Das Risiko, das verbleibt, wenn auf die ordnungsgemäße Verrichtung durch einen examinierten Facharzt vertraut wird, ist nicht unerlaubt. – Das sich beim Verkauf von Alkohol an zurechnungsfähige Erwachsene für diese wie eventuell dritte Personen ergebende Risiko ist erlaubt etc.). Das verbleibende Objektive besteht darin, daß sich auch bei der Verbrechensfrage der Bereich des Zurechenbaren von demjenigen des Erlaubten nicht nach der Ängstlichkeit und dem Wagemut, dem Lebensstil, des Täters richtet, sondern nach verfestigten gesellschaftlichen und in diesem Sinn nach objektiven Normen. Es geht also um die Interpretation der Strafrechtsnormen mit Hilfe anderer Rechtsnormen oder informeller Normen, wobei die inkriminierte Tätigkeit dahin konkretisiert wird, was genau an Erfolgsgeschehen mit der Organisation des (deswegen so heißenden) Täters zur Tatbestandsverwirklichung verbunden wird[48] und was an Erfolgsgeschehen

[47] *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 68; *ders.*, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, Beiheft ZStW 1974, 6, 12 ff.

[48] Auch Kausalität gehört zur objektiven Zurechnung, ebenso Garant-Sein.

als Organisation des Opfers (Handeln auf eigene Gefahr), dritter Personen oder als Unglück des Opfers zu erklären ist. Das Material dieser objektiven Differenzierung ist freilich, dies sei wiederholt, solange es um die Verbrechensfrage geht, im Ergebnis einzig das dem Täter bei objektiv hinreichender Normtreue Erkennbare.

Zur Entscheidung der Verbrechensfrage nehme man also die mit Hilfe formeller und informeller Normen objektiv interpretierte Strafrechtsnorm und denke sich den Täter hinreichend rechtstreu. Jedes Verhalten, das der Täter unter solchen Bedingungen (planvoll) vermeidet, ist deliktisch; jedes unter solchen Bedingungen nicht (planvoll) zu vermeidende Verhalten ist entweder sozial unauffällig oder unvermeidbar, jedenfalls also nicht zurechenbar.

Im Ergebnis bleibt im Rahmen der Verbrechensfrage von der objektiven Zurechnung nur, daß die Norminterpretation im Blick auf längst bestehende und in diesem Sinn objektive rechtliche oder informelle generelle Zuordnungsmuster erfolgt. Insbesondere wird in das Vorsatzdelikt nichts Objektives hineingetragen – außer daß es nach der objektiv interpretierten Norm bestimmt wird. Diese Norminterpretation ist gegenüber der überhaupt alles Vermeidbare erfassenden Norm restriktiv. „Der Sinn des Rechts besteht nicht darin, daß es von den unverletzt gedachten Rechtsgütern alle verletzenden Einwirkungen abwehrt, sondern daß es von den unzähligen Funktionen, in denen das Rechtsgut wirkend und leidend darinsteht, die für ein sittlich-geordnetes Gemeinschaftsdasein *Unverträglichen* auswählt und verbietet."[49] Um diese restringierende Norminterpretation geht es.

Das Produkt der Norminterpretation ist der Tatbestand, der nunmehr nicht nur die Kausierung oder Nicht-Hinderung eines Erfolges, sondern auch eine Beschreibung des unerlaubt Riskanten oder des Regreßverbots, des Ausschlusses des Opferhandelns auf eigene Gefahr und des Unglücks des Opfers etc. enthält, so daß nur *bestimmte* Wege verbleiben, auf denen – besser wohl, nur *bestimmte* soziale Konstellationen unter Einschluß von Verlaufsprognosen, in denen – ein Erfolg zurechenbar herbeigeführt wird oder werden könnte. Objektiv erfolgt nur die Grenzziehung zwischen dem, wofür der Täter zuständig ist, und dem, was ihn nichts angeht, also die Trennung aller *möglichen* Tatbestandsverwirklichungen vom nicht Zurechenbaren. Das Bild von den *wirklichen* Konstellationen, die Lagebeurteilung einschließlich der Prognosen, richtet sich nach dem, was der Täter leisten kann, so er nur als

[49] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 516. *Welzel* nennt als Restriktionsgründe das Fehlen einer Handlung und die Sozialadäquanz – um letztere geht es hier.

rechtstreu gedacht wird. Deshalb kann als Wirklichkeit des Handelns (als Konkretisierung einer tatbestandsmäßigen Konstellation), so man auf eine Maßstabsperson bei der Lagebeurteilung verzichtet, nur das gelten, was sich der Täter als Wirklichkeit erschließen kann, mit anderen Worten, bevor man nicht ermittelt hat, was der Täter „sah" oder „sehen" konnte, kann man nicht wissen, in welchem Zusammenhang das Geschehen zu beurteilen ist, also nicht, ob ein unerlaubtes Verhalten vollzogen wurde. Es ist bei Verzicht auf eine die Lage beurteilende Maßstabsperson insoweit dem objektiven Tatbestand die subjektive Seite vorzuschalten. Liegt das dem Täter erreichbare Bild der Lage im Unerlaubten, so ist Verhaltensunrecht gegeben, also ein subjektiver wie objektiver Versuchstatbestand. Anschließend wäre zu erörtern, ob die Vollendung auf dem erkannten oder erkennbaren oder einem konkurrierenden Risiko beruht (etwa weil das Opfer subjektiv ex ante nicht verantwortlich zu sein schien, objektiv ex post aber auf eigene Gefahr handelte). Wem ein solches Vorgehen nicht paßt, der mag auch bei der Verbrechensfrage die Maßstabsperson für die Lagebeurteilung beibehalten und erst einmal in diesem Sinn objektiv zurechnen; er wird nichts falsch machen, nur eben umständlich verfahren, solange allein die Verbrechensfrage zu beantworten ist.

Wiederum gilt das alles ganz entsprechend für die Lehre von der objektiven Beherrschbarkeit. Auch sie kann auf eine objektive Maßstabsperson[50] insoweit verzichten, als es um die Lagebeurteilung geht, und statt dessen auf das dem Täter Zugängliche abstellen. Objektiv bleiben dabei die Kriterien, nach denen zwischen dem Beherrschbaren und dem nicht Beherrschbaren unterschieden wird; die *grenzbewußte* Person bleibt also objektiv bestimmt. Freilich kann auch diese Lehre bei dieser Vorgehensweise nichts über die Beherrschbarkeit ausmachen, bevor nicht die Reichweite der Tätervorstellung ermittelt wurde.

Letztlich entscheidet freilich nicht, ob man die Zurechnungsfrage eher umständlich oder eher elegant angeht, sondern ob die Trennung in zurechenbare und nicht zurechenbare Risiken überhaupt erfolgt. Wer dabei, aus welchen Gründen auch immer, die objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt scheut, mag das Problem als ein solches der Norminterpretation ohne objektive Zurechnung (aber mit objektiver Festlegung der Normgrenze) behandeln (und ob dieses Vorgehen auch auf das Fahrlässigkeitsdelikt zu erstrecken ist, dürfte gleichfalls eine cura posterior sein). Dabei wird über die Kriterien der Grenzziehung und ihre Ordnung zu Instituten zu handeln sein, soweit die Grenzen der „im

[50] Dazu, was die Lagebeurteilung betrifft, oben im Text zu Fn. 43 bis 46.

praktischen Handeln gegebenen Wirklichkeit des sozialen Lebens"[51] in Streit stehen können – „objektive Beherrschbarkeit" oder „erlaubtes Risiko"; nur „Anstiftung zur Selbstgefährdung" oder überhaupt „Handeln auf eigene Gefahr"? etc.; nur die Kontroverse *darüber* lohnt.

Ist dem Täter keine Lage erkennbar, was heißt, bei hinreichender Normtreue erreichbar, die einen Tatbestand verwirklicht, so ist, was die Verbrechensfrage angeht, die Feststellung eines „an sich" gegebenen objektiven Tatbestands überflüssig. Beispielhaft gesprochen: Einem ausländischen Autofahrer wurde vertrauenswürdig berichtet, in Deutschland seien Fußgänger an Zebrastreifen wartepflichtig; infolgedessen geht er davon aus, ein sich langsam einem solchen Überweg Nähernder werde gewiß warten, es bestehe somit keine Verletzungsgefahr, wenn er selbst weiterfahre. Die sorgfältige Feststellung der Unmöglichkeit einer Verletzung schließt jede im Rahmen der §§ 222, 229 StGB (aber auch des § 212 StGB) tatbestandsverwirklichende Lage aus. Daß ein anders begabter Autofahrer eine Verletzung nicht als unmöglich ausgeschlossen hätte, ist für die Verbrechensfrage ohne Erkenntnisinteresse, was nicht besagt, daß sich nicht etwa die Frage des Abwehrrechts (defensiver Notstand) danach entschiede.

Ist dem Täter, obgleich ihm keine den Tatbestand eines Erfolgsdelikts verwirklichende Lage erkennbar ist, immerhin zugänglich, daß eine Norm besteht, Lagen der vorliegenden Art zu meiden, so verwirklicht er ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Abermals beispielhaft[52]: Ein Arzt weiß zwar, daß eine bestimmte Rezeptur verboten ist, hat aber allerbeste (und kommunikativ relevante) Gründe zu der Annahme, das Medikament werde nutzen; es schadet. Mangels Voraussehbarkeit eines Schadens scheidet ein Verletzungsdelikt aus, aber ein Ungehorsamsdelikt wurde verwirklicht[53].

Ist dem Täter schließlich zwar eine tatbestandsverwirklichende Lage nach Risikohöhe und sonstiger sozialer Konstellation erkennbar, nicht aber, daß bei dieser Lage nach den formellen oder informellen Regeln der Gesellschaft die Konsequenzen *seiner* Organisation zugeordnet werden, so mag diese Unfähigkeit als eine solche zur Erfassung des *sozialen*

[51] *Welzel* (Fn. 24).

[52] *Jakobs,* Studien (Fn. 47), S. 66 f.

[53] A. A. *Hirsch,* ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239, 269 f, mit dem Argument, zur „Nichtbefolgung der verbotenen ... riskanten Handlung (sei) ... der Handelnde ... allemal in der Lage" (S. 269). Das ist an sich richtig, aber nicht genug! Unrechtsbewußtsein ist teilbar und deshalb muß nicht nur ein *Ungehorsams*unrecht, sondern ein *Verletzungs*unrecht erkennbar sein.

Sinns der Lage den subjektiven Tatbestand ausschließen (die objektiven Zurechnungsvoraussetzungen werden dann als *normative* Tatbestandsmerkmale begriffen) oder als eine solche zur Erfassung des Unrechts zwar die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung belassen (die Voraussetzungen lassen sich bei dieser Sicht in Deskriptives auflösen), aber als Normirrtum zu behandeln sein[54]. Nochmals beispielhaft: Weiß ein einreisender Täter, daß sein Kraftfahrzeug nur mit einem einzigen Bremssystem ausgestattet ist und daß dies gegenüber Fahrzeugen mit zwei Systemen eine Risikoerhöhung bringt, hält er diese freilich – nach vertrauenswürdiger Beratung – für allseits toleriert, wie es in seinem Heimatland der Fall ist, so mag nicht „nur" ein Normirrtum gegeben sein, sondern „schon" eine zur Tatbestandsverwirklichung hinreichende Kenntnis fehlen. Es geht also darum, ob die tatbestandliche Lage als normatives oder als deskriptives Tatbestandsmerkmal begriffen werden muß, ob also die Kenntnis der sozialen Inadäquanz oder nur diejenige der inadäquaten Lage zum Vorsatz gehört.

Zur Lösung der Verbrechensfrage ist die Antwort nur insoweit von Interesse, als die §§ 16, 17 StGB je unterschiedliche Regeln (Psychologismus – Kenntnisprinzip – versus Verantwortungsprinzip) mit der Konsequenz aufstellen, daß selbst der leichtfertigste Tatbestandsirrtum Vorsatzstrafe ausschließt, ein Normirrtum freilich die Möglichkeit voller Strafe beläßt. Da die Verbrechensfrage nur eine einzige ist – Schuld oder keine Schuld? – muß die Zerreißung falsch sein. Was von den Verbrechensvoraussetzungen zum Unrecht geschlagen wird und was zur Schuld, ist – abgesehen davon, daß mindestens der (vorgestellte) Kausalstrang als minimaler Bezugsgegenstand der Schuld im Unrecht und mindestens *ein* Bezug auf Unrecht als Schuld bleibt – ein Problem der Verbrechensdidaktik, nicht aber des Verbrechensbegriffs[55]. Die Antwort mag also dahinstehen. Daß sie in einem modernen Strafrechtssystem im Sinne des Verantwortungsprinzips (also nicht psychologisierend) auszufallen hätte (was nicht nur auf § 17 StGB, sondern auch auf einen besser verstandenen – oder reformierten – § 16 StGB zielen mag), bestätigt den *Jubilar*, der schon am Beginn seines Wirkens die Überlegenheit dieses Prinzips zum Thema des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund bis in feinste Verästelungen demonstriert hat[56].

[54] Dazu *Hirsch,* Lenckner-Festschrift (Fn. 1), III.2 (Text zu Fn. 57).

[55] *Jakobs,* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 41 ff; demnächst eingehend *Lesch* (Fn. 45), 2. Kapitel III, IV.

[56] *Hirsch,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960.

III. Zusammenfassung

1. Was die Mißbilligung eines Risikos angeht, so bedarf es *für die Frage, ob ein Verbrechen vorliegt,* keiner objektiven Zurechnung als Zurechnung zu einer Maßstabsperson.
2. Die Unterscheidung „mißbilligte/nicht mißbilligte Risiken" läßt sich als Unterscheidung „Norminhalt/nicht Norminhalt" darstellen. Das zum Begriff des Risikos konstitutive prognostische Moment kann dann freilich nur dasjenige der *subjektiven* Tatseite sein.
3. Die Vorschaltung der Zurechnung zu einer objektiv bestimmten Maßstabsperson trägt zum Begriff des Verbrechens nichts bei, stört dessen Entwicklung freilich auch nicht.
4. Für die Lehre von der objektiven Beherrschbarkeit gelten die Thesen 1 bis 3 entsprechend.

Der Begriff der Zurechnung

MICHAEL KÖHLER

Hans Joachim Hirsch repräsentiert ein Strafrechtsdenken, das im Gegenzug zum Naturalismus und Positivismus den Begriff des personalen Handelns in seiner die Objektivität bestimmenden Macht herausgestellt und dadurch eine grundlegende Neuorientierung der Straftatsystematik angeregt hat[1]. Das weiterführende Element dieser Konzeption ist es, das begreifend-handelnde Subjekt wieder überhaupt für den rechtsnormativen Zusammenhang und dessen Bruch in der Straftat konstitutiv mitanzusetzen, nicht als eine bloß zu „bekämpfende" Gegenwelt und ein Demonstrationsobjekt für andere – „die Gesellschaft" – erscheinen zu lassen. Ganz entsprechend der Entdeckung „subjektiver Unrechtselemente" erhält der auf die Verletzung gerichtete Vorsatz des Täters seine Stelle im Tatbestand des Verbrechens. Die starke Seite dieses Ansatzes gilt es gegen Widersprüche und Rückfälle auf an sich überwundene Positionen festzuhalten und durchzusetzen. Dazu soll beigetragen werden in einer Reflexion über den verbrechenskonstitutiven Begriff der (subjektiven) Zurechnung.

Der Grundgedanke der subjektiven Zurechnung soll zuerst im theoriegeschichtlichen Grundriß erinnert werden (I). Sodann wird der gegenwärtige Stand der Strafrechtsdoktrin kritisch darauf bezogen (II). Schließlich werden einige besondere praktische Fragen erörtert (III).

I. Der Grundgedanke der subjektiven Zurechnung

1. Zurechnung seit Aristoteles

Mit der Zurechnung wird das handelnd-regelbegreifende Subjekt als freier (selbstbestimmter) Grund eines normativ bedeutsamen Geschehens identifiziert[2]. Zurechnung beruht also auf dem reflexiven Bezug des Subjekts auf die objektive Norm des Handelns oder vielmehr deren konkrete Mitkonstitution im Handlungsvollzug. Die Voraussetzung der subjektiven Zurechnung für Verdienst und Strafe ist seit *Aristoteles'* Aus-

[1] Vgl. die Auseinandersetzungen *Hirschs* zur Lehre *Welzels* in ZStW 93 (1981), S. 831; 94 (1982), S. 239.

[2] Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, Einl. IV (AA VI, 227).

führungen im 3. Buch der Nikomachischen Ethik europäisches Gemeingut[3]: Nur freiwilliges Handeln verdient Lob oder Tadel und Strafe, nicht was unfreiwillig, ohne Wissen von der konkreten normativen Bedeutung des Tuns geschieht. Der Gedanke steht freilich zunächst unter einer teleologischen Einheit von Ethik und Recht; durch seine Vernunft hat der Mensch ursprünglich teil an der objektiven Ordnung. Er ist – so *Aristoteles* – entweder in von Natur („physei") geordneter Gemeinschaft – oder kein Mensch. Daher ist der schwere Normbruch normalerweise seinem bösen Willen zuzurechnen. Die strafrechtliche Zurechnungslehre differenziert das weiter aus. Charakteristisch dafür ist die regelmäßige Zurechnung der ignorantia iuris[4]. Zurechnung bleibt in dieser Tradition also grundsätzlich an die freie normbezogene Willenshandlung geknüpft[5]. Eine „objektive Zurechnung" in dem extrem gegensätzlichen Sinne der paulinisch-reformatorischen Gnaden- und Verwerfungslehre[6] ist damit, und das bedeutet: mit dem begründeten Selbstbewußtsein des Menschen von eigener Freiheit und Schuld, nicht vereinbar; auch hat die „objektive Zurechnung" später bei *Hegel*, der diesen Terminus nicht verwendet, keineswegs die Bedeutung, die (subjektive) Zurechnung der gewußt-gewollten Tat zu ersetzen, sondern etwa den Sinn von objektivem Geltungsanspruch einer freiheitsvermittelten Rechtsordnung in der persönlichen Unrechtsverantwortung zivil- und ordnungsrechtlichen Sinnes[7].

2. *„Zurechnung" in der empiristischen Teleologie*

Mit der empiristischen Teleologie, wie sie maßgebend von *Hobbes* vorgetragen wurde, steht das selbstbezogene, nach Glück und Macht strebende Subjekt in einem bloß rationalen, instabilen Verhältnis zum staatlichen Recht. Dieses gilt als eine äußere Notordnung. „Strafe" wird

[3] Vgl. *Aristoteles*, NE, III, 1 ff; dazu *Hardwig*, Die Zurechnung (1957), S. 11 ff; *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit (1982), S. 103 ff; s. auch *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung (1976).

[4] Vgl. maßgebend *Pufendorf*, De iure naturae et gentium (1672), 1 V 8; theoriegeschichtlich *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen (1930), S. 134 ff; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein (1949); *ders.*, Schuldprinzip (1961), S. 130 ff; *Groteguth*, Norm- und Verbots(un)kenntnis (1993), S. 24 ff.

[5] Vgl. *Pufendorf* (Fn. 4), 1 V 8; dazu *Hardwig* (Fn. 3), S. 35 ff; zusf. *Köhler*, Strafrecht Allg. Teil (1997), S. 368 f, m. w. N.

[6] Zusf. *Peters*, Imputation, in: HWPh (1976), Sp. 274.

[7] *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 120, spricht in diesem Sinne vom „Recht der Objektivität"; dazu eingehend die Hamburger Dissertation von *Molkentin* (demnächst); zum Begriff der objektiven Zurechnung *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927).

zu einem Mittel des sichernden oder gegenmotivierenden Rechtszwangs; nach den Präventionstheorien ist Zweck der Strafe, zum Gehorsam zu zwingen, abzuschrecken[8]. „Subjektive Zurechnung" entfernt sich dadurch von der alten teleologischen Einheit. Die Verbindung der Person zum Staat und seiner Rechtsordnung wird zunächst äußerlich motiviert. Der Sache nach wird die subjektive Seite des Verbrechens zum Kriterium der Abweichung von der objektiv-äußeren Norm und zum Grund der bloßen Motivierbarkeit durch den Präventionszwang des absolutistischen Staates. Besonders deutlich wird das an *Feuerbachs* Versuch, die Straftheorie des psychologischen Zwangs und die Imputationslehre miteinander zu verbinden – mit bemerkenswerten Widersprüchlichkeiten besonders zur Frage der Strafbarkeit der culpa. So bestimmte er zunächst die culpa als willentliche (vorsätzliche) Unaufmerksamkeit, rückte davon aber schon in den Konkretisierungen, später auch im Grundsatz wieder ab und fiel auf die Definition der unbewußten culpa als Verstandesmangel („Unbedachtsamkeit") zurück[9].

3. Zurechnung nach dem freiheitlichen Rechtsbegriff

Mit dem freiheitlichen Rechtsprinzip vertieft sich der Begründungszusammenhang. Praktische Objektivität, insbesondere die Rechtsordnung legitimiert sich neu durch die vernünftige Selbstbestimmung in Gemeinschaft – die kopernikanische Wende im europäischen Denken von *Hobbes* über *Locke*, *Rousseau* bis zu *Kant*[10]. 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. Hervorzuheben ist: Dies gilt auch für das Rechtsgesetz, also die notwendige Anerkennung der Person des anderen im äußeren Verhältnis. *Kant* formuliert: „Die moralische Persönlichkeit ist nichts anderes, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen." Der freiheitsrechtliche Grund umfaßt im unterschiedlichen Geltungsmodus Recht und Ethik mit[11]. „Zurechnung (im-

[8] Vgl. *Hobbes*, Leviathan, Kap. 28; *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I (1799), S. 41 ff; zur Gebrochenheit der Straftheorie *Fichtes* s. *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes (1981), S. 104 ff.

[9] Vgl. *Feuerbach*, Revision II (1800), S. 47 ff; *ders.*, in: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, II 1 (1800), S. 193, 209 ff; sodann *ders.*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (11. Aufl. Gießen 1832), §§ 55 ff; dazu *Köhler* (Fn. 3), S. 391 ff.

[10] Zur Aktualisierung *E. A. Wolff*, in: Strafrechtspolitik (hrsg. von *Hassemer*, 1987), S. 137 ff; *Köhler* (Fn. 5), S. 9 ff.

[11] *Kant*, MdS, Einl. IV (AA VI, S. 221 ff, 223).

putatio) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann Tat (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird."[12] Die Freiheit der Handlung ist also eigentlich „Grund der Imputabilität derselben"[13].

Für die Begriffe Unrecht und Verbrechen folgt daraus: Das Verbrechen ist zwar im äußeren Rechtsverhältnis notwendigerweise eine objektiv-äußere Verletzung rechtlicher Freiheit, Unrecht; das schließt eine bloß subjektive, ethisierende Verbrechensauffassung aus (etwa im Sinne der sog. subjektiven Unrechtslehre, wie noch zu erinnern sein wird). Aber das Erfordernis der subjektiven Zurechnung gewinnt in der Strafrechtsbegründung seine eigene, von der alten Teleologie befreite Selbständigkeit. Zum einen: Wenn allgemeine Selbstbestimmung konstitutiv für das Recht wird, dann muß sich das Verbrechen als fundamentale Negation des Rechts besonders auch durch die negative Allgemeingültigkeit der die Objektivität des interpersonalen Verhältnisses formenden subjektiven Entscheidung bestimmen. Das Verbrechen ist in gleicher Weise objektiver und subjektiver Bruch des Rechtsverhältnisses. Zum anderen: Die subjektive Zurechnung im konkreten Rechtsverhältnis wird unter dem Freiheitsprinzip zur relativ selbständigen Voraussetzung. Diese kann nicht mehr so selbstverständlich unterstellt werden wie in der teleologisch geschlossenen Welt. Die Behauptung, Werte und Normen seien einfachhin gegeben, wird fraglich[14]. Zumal in Anbetracht der Komplexität moderner Rechtsverhältnisse wird der subjektive Geltungsvollzug als eigene Vernunftleistung erkennbar. Es bedarf einer Konvergenz zwischen freiheitlichen Institutionen und Rechtsregeln einerseits, der praktisch-rechtlichen Selbstbewußtseins- und Haltungsbildung der Person andererseits. An solchem konkreten Einbezug kann es aus subjektiv nicht zurechenbaren Gründen fehlen. Charakteristisch für diese Einsicht ist die prinzipielle Anerkennung des schuldausschließenden Rechtsirrtums in der Strafrechtslehre. Diese auf der begriffenen Freiheit beruhende Eigenständigkeit der subjektiven Zurechnung hat besonders eindrucksvoll *Hegel* formuliert: „Das Recht des Willens aber ist, in seiner Tat nur dies als seine Handlung anzuerkennen, und nur an dem Schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiß ... die Tat kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden; – das Recht des Wissens"; im gleichen Zusammenhang ist vom „Recht der

[12] *Kant*, MdS, Einl. IV (AA VI, S. 227).

[13] *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 476.

[14] Zur Kritik s. *Groteguth* (Fn. 4), S. 24 ff; zur weiteren Entfaltung *Köhler* (Fn. 5), S. 402 ff.

Subjektivität" die Rede[15]. Diese Einsicht wird freilich nur mit Brechungen rezipiert, wie besonders die fortdauernde Kontroverse zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie zeigt. Festzuhalten ist aber: Aus dem freiheitlichen Rechtsprinzip resultiert ein Begriff des Verbrechens als Handlung, die eine objektiv schwere und subjektiv zurechenbare Negation des rechtlichen Anerkennungsverhältnisses enthalten muß.

II. Zum Stand der Zurechnungslehre

Die seitherige Entwicklung kann man als Prozeß der Verdunklung des Prinzips und einer Wiederannäherung beschreiben – mit Brechungen und Widersprüchen.

1. „Subjektive" Zurechnung im Positivismus

Im klassischen Verbrechensbegriff des Positivismus bedeutete subjektive Zurechnung die „psychische" Beziehung des Täters zur objektiv tatbestandsmäßigen und formell-rechtswidrigen Handlung in den nebeneinandergestellten Formen „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit"[16]. Die den Positivismus prägende Asymmetrie zwischen „Subjekt" als Untertan und objektivem Recht – charakteristisch dafür ist die Imperativentheorie – beraubte das Theorem der subjektiven Zurechnung seines Fundamentes im Rechtsbegriff und in der Strafbegründung. Wie konventionell-äußerlich und reflexionslos schließlich die „Schuldformen" Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichsam mitgeschleppt werden, weil das Gesetz es befiehlt, ist erstaunlich. Mit der Herrschaft des gesellschaftlichen Zwecks im Recht, den Zwecktheorien im Strafrecht – gipfelnd in der modernen Schule – wird der Verbrecher vollends zum objektiv-subjektiven Störpotential bestimmt: Die subjektive Seite der Tat sinkt damit vom Rechts- und Verbrechenskonstitutivum herab zu einem Moment der objektiven Gefährlichkeit unter anderen. In einem „Strafrecht", das sich als Bekämpfungsrecht versteht, hat deshalb zunächst weder das Festhalten an der Schuldrelevanz des Verbotsirrtums noch die virulente Kritik an der Strafbarkeit der bloßen culpa eine Chance. Bei noch fundamentaleren Abweichungen, insbesondere der Hang- oder Gewohnheitskriminalität, verliert der Begriff der subjektiven Zurechnung und der Schuld seine schützende Funktion im nur von Zweckmäßigkeit gesteuerten Übergang zum Maßnahmerecht.

[15] Vgl. *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 115 ff, 117, 120, 132; dazu *Köhler* (Fn. 3), S. 199 ff; *ders.* (Fn. 5), S. 117 f.

[16] Vgl. *Mezger*, Moderne Wege (1950), S. 27; *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre (1968), S. 19 ff.

2. *Vom wertbeziehenden Denken zum Funktionalismus*

Mit der teleologisch-wertbezogenen, dann personal-ethischen Fassung des Verbrechens (Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, als Pflichtverletzung, Gesinnungsunwert) ergibt sich eine mehrdeutige Verschiebung. Einerseits konstituiert die personale oder finale Handlung mit Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung den Verbrechensbegriff[17]. Die starke Seite der finalen Handlungslehre *Welzels* ist die, wenn auch zunächst instrumental verkürzte, Wiederanknüpfung an *Hegels* Handlungstheorie im Begriff des Vorsatzes: Vorsätzliches Handeln ist kein bloßer Naturalismus, sondern die selbstbewußte Konzeption der Wirklichkeit. In dieser Logik liegt aber: Maßgebend wird die Kenntnis der normativen Bedeutung, das Wissen des Täters vom Rechtsgut, das er handelnd negiert. Das subjektive Unrechtselement etwa der Zueignungsabsicht beim Diebstahl kommt ohne das subjektive Begreifen fremden Eigentums nicht aus. Ähnlich verhält es sich mit dem Verletzungsvorsatz überhaupt; schon die Berücksichtigung von Nebenfolgen läßt sich nicht bloß instrumental, sondern nur durch ein normatives Moment denken. Andererseits bleibt aber die Strafrechtskonzeption des Finalismus in der Grundlage einer objektiven Wertteleologie verhaftet. Der Wille des Täters ist in dieser Sicht bloß Objekt der Wertung; Unrecht wird wesentlich zum „sozialethischen" Aktunwert. Besonders in der Nachfolge *Armin Kaufmanns* vertieft sich eine subjektiv-ethisierende Unrechtslehre; diese bildet die „normative Schuldlehre" nochmals ab[18]. „Subjektive Zurechnung" ist daher nach dieser Lehre kein einheitlicher Grundsatz. Einesteils – im Vorsatzbegriff – bedeutet sie einen wirklichen subjektiven Geltungsvollzug. Anderenteils meint man aber die bloße Möglichkeit zur Einsicht – „subjektive Erkennbarkeit", „Vermeidbarkeit", „Vorwerfbarkeit". Der Bruch zwischen Elementen der subjektiven Zurechnung und einer objektiv-teleologischen Zuschreibung schlägt sich nieder in der normativ-objektiven Definition der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums mit hervorgehobenen Bezugnahmen auf den Affekttäter, den Hangtäter, den Überzeugungstäter[19]. Auch die behauptete Strafbarkeit der unbewußten Fahrlässigkeit gehört dazu. Mit wirklichem Verschulden – subjektiver Zurechnung strengen Sinnes – haben diese Bestimmungen jedoch nichts zu tun. Diese Grundwidersprüchlichkeit

[17] Vgl. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht (11. Aufl. 1969), S. 1, 33 ff; *Gallas* (Fn. 16), S. 19 ff; *Hirsch* (Fn. 1).

[18] Vgl. *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (1954), S. 69 ff; kritisch *Hirsch*, ZStW 94 (1982), S. 240 ff, 250 f.

[19] Vgl. BGHSt. 2, 194, 205 ff.

prägt immer noch die dominierende Doktrin und die Gesetzeslage sowie die Strafrechtspraxis. Zumal bei der Fahrlässigkeit, aber auch bei der Auslegung der „Vermeidbarkeit" des Rechtsirrtums, des „Anlasses" zur Normreflexion ist der Widerspruch als solcher immer auch empfunden worden.

Der Schritt von der objektiven Wertteleologie zum Funktionalismus in der Strafrechtslehre ist nicht weit[20]. An die Stelle des objektiven Wertbezuges und einer so verstandenen Norm setzt sich die Funktion der Gesellschaft oder des „Systems". Fundamental ist allerdings die Rücknahme des in *Welzels* Handlungstheorie eigentlich Angelegten. Terminologisch zeigt das der Verzicht auf den Ausdruck der (subjektiven) Zurechnung zugunsten der Termini der „Zuständigkeit" oder „Zuschreibung". Theoriegeschichtlich betrachtet wird die *Hegel*-Referenz um das „Recht der Subjektivität" und *Hegels* freiheitsbegriffliche Explikation der aristotelischen Zurechnungslehre verkürzt. In der Sache selbst wird „Schuld" zuerst als Ableitung aus einer gesellschaftlich legitimierten Generalprävention funktionalistisch unterbestimmt, dann aber – in auch terminologischer Annäherung an *Welzel* – als „Rechtsuntreue gegenüber der legitimen Norm" definiert[21]. Weder die Normlegitimation noch der Schuldvorwurf werden aber hinreichend begründet. Normlegitimierend wirken soll „nicht die Festlegung der Binnenorganisation von Subjekten auf eine Norm, sondern die Zuschreibung an eine Person, sie beanspruche eine Rolle, zu der die Beachtung der Norm gehört, insbesondere die Rolle des in seiner Verhaltensgestaltung freien Bürgers". Aber entweder konstituiert die rechtsvernünftige Selbstbestimmung handelnder Subjekte prinzipiell die Rechtsnorm mit (und zwar nicht nur „insbesondere"), oder deren Legitimität wird nur teleologisch-objektivistisch behauptet („Zuschreibung", „Norm gehört dazu"), ohne daß der Grund der Setzung für freie Subjekte ausgewiesen wird. Zweideutig ist sodann, was „Mangel an Rechtstreue", „Rechtsuntreue" über den Sachverhalt des objektiven Unrechts hinaus schuldkonstitutiv bedeuten soll. Hält man sich an die besonderen Auslegungen, so werden zunächst Mangelsachverhalte angeführt – etwa „mangelndes Interesse am Recht", „Ablehnung von Erkenntnisgegenständen". Selbst die „Unkenntnis" der möglichen Tatbestandsverwirklichung, also die objektive Fahrlässigkeit, soll als „Unwissenheit eines am Wissen nicht Interessierten" eigentlich die Vorsatzstrafe verdienen – entgegen einer angeblich

[20] Die folgende Kritik bezieht sich auf *Jakobs*, Schuld und Prävention (1976); *ders.*, Das Schuldprinzip (1993).

[21] Vgl. *Jakobs*, Das Schuldprinzip (Fn. 20), zusf. S. 35.

„psychologisierend" festgelegten Vorsatzgrenze[22]. Aber der Vorsatz trägt als frei-normbezogenes Handeln selbst den Zurechnungsgrund. Denn entweder ist die „Rechtsuntreue" eine Handlung, die der normativen Anforderungen (zu „Treue") eigentlich bewußt ist – ein entschieden handelndes, schließlich vielleicht habituelles Sich-„Abwenden"; es setzt dann aber den Schluß auf die Besonderheit der normbezogenen Handlungssituation, den erkannten „Anlaß" im personalen Rechtsgut voraus. Die weitere Unterscheidung zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz beruht darauf; ob ihre Schwereeinstufung ausweislich des Strafmaßes im Gesetz richtig getroffen ist, mag für den Begründungszusammenhang dahinstehen[23]. Oder „Untreue" wird als eine gleichsam ursprüngliche Handlung unterstellt und ihr eine je situative objektive Normwidrigkeit zugeordnet, ohne daß ein konkreter, sei es auch habitueller Entscheidungszusammenhang für das handelnde Subjekt wirklich aufgewiesen wird. So wird die konstitutive Stelle des Vorsatzes oder subjektiver Unrechtselemente im Verbrechensbegriff überhaupt in Frage gestellt. Die objektive Abweichung als solche, die zur „Rechtsblindheit" stilisierte Fahrlässigkeit wird zur Grundform des „Verbrechens". Gegen diese Unterstellung wird jede Verteidigung aussichtslos. Tatbezogene „Schuld" in einem gegenüber objektivem Unrecht eigenständigen, strafbegründenden Sinne ist damit aber nicht aufgewiesen.

3. Die Wiederaufnahme des Zurechnungsbegriffs

Arthur Kaufmanns Willensschuldlehre repräsentiert dagegen eine weitgehende Wiederannäherung an den Grundgedanken der Zurechnungslehre[24]. Auf der Grundlage eines Begriffs personaler Würde in Freiheit (Selbstbestimmung) definiert *Kaufmann* Schuld als „freie, selbstverantwortliche Willensentscheidung gegen eine erkannte sittliche Pflicht". Daher beharrt er darauf, daß die Strafbarkeit die bewußte Negation der Norm voraussetzt; deshalb folgt er zur Frage des Verbotsirrtums der sog. Vorsatztheorie. Eingehend kritisiert er die Strafbarkeit der schlichten unbewußten Fahrlässigkeit (culpa). Auch *Schmidhäuser* bestimmt Schuld als das auf Werterleben, auf Teilhabe des Täters an den Gemeinschaftswerten beruhende rechtsgutverletzende „geistige Verhalten"[25].

[22] Vgl. *Jakobs* (Fn. 21), S. 18 ff; s. bereits *dens.*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (1972), S. 104 f.

[23] Vermengend *Jakobs* (Fn. 21), S. 20.

[24] Vgl. *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, S. 127 ff; s. auch *Hardwig* (Fn. 3).

[25] Vgl. *Schmidhäuser*, Strafrecht Allg. Teil (2. Aufl. 1975), 6/16 ff; 10/1 ff; im Übergang zur sog. Vorsatztheorie 10/57 ff.

Das führt ihn gleichfalls zur sog. Vorsatztheorie, während er in der Frage der Strafbarkeit unbewußter Fahrlässigkeit weniger konsequent ist als *Kaufmann*. In diesen Kontext einzuordnen sind auch ältere Anläufe, so etwa *Bockelmanns* entschiedener Ansatz, die Gewohnheits- oder Hangtäterschaft – gegen diffuse Vorstellungen von Charakterschuld – auf subjektive Entscheidungsprozesse zurückzuführen; er prägt dafür den Begriff der Lebensentscheidungsschuld – übrigens deutlich in aristotelischer Tradition[26]. Das ist – trotz individualistischer Verengungen – ein schlüssiger Ansatz, vom Grundsatz der subjektiven Zurechnung aus den Phänomenen schuldstrafrechtlich gerecht zu werden. Denn es kommt darauf an, das in der Strafrechtswirklichkeit der modernen Verhältnisse imponierende Phänomen der habituellen Delinquenz, das sich stets in institutionellen Verhältnissen und typischerweise von Jugend an entwickelt, nicht bloß als objektiven Gegensatz (als „Devianz") zu definieren. Das ist unter Umständen auch für die Gesellschaft peinlich, weil sich die Schuld an der Fehlhaltung auf verschiedene Personen verteilen und nach objektiv-systemischen Verantwortlichkeiten zurechtrücken mag. Daraus ergeben sich strikte Folgerungen für das Strafmaß, ebenso für die notwendige Härte der Strafen wie für ihre chancenöffnende Ausgestaltung. All dies wird zur Frage der zurechnenden Strafmaßgerechtigkeit und bleibt nicht obrigkeitsstaatlichem oder wohlfahrtsstaatlichem Gutdünken überlassen.

Die Willensschuldlehre *Kaufmanns* beruht freilich auf teleologischer Gebundenheit der „Freiheit" an das als objektiv vorgegeben vorgestellte Sittengesetz und identifiziert deshalb Schuld mit sittlicher Schuld. Dies ist aber eine methodologische Engführung, die dem eigenen Objektivitätsgehalt der personalen Selbstbestimmung in Gemeinschaft und der relativen Besonderheit des Rechts gegenüber der Ethik, die äußeren Verhältnisse in Freiheit zu ordnen, nicht hinreichend gerecht wird. Eine Theorielinie, die von *E. A. Wolff* angeregt ist, gründet demgegenüber das Strafrecht und alle seine Begriffe auf das Prinzip des freiheitlichen Rechts im Ausgang von *Kants* Rechtsphilosophie. Danach bestimmt sich das Verbrechen als von objektiven Rechtsverletzungen (Zivilunrecht, Verwaltungsunrecht) grundsätzlich unterschiedener Bruch des rechtskonstitutiven Anerkennungsverhältnisses – die Verletzung des „Rechts als Recht" *(Hegel)*. Substantielle Voraussetzung dafür ist einesteils die

[26] Vgl. *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht (1940); zum Begründungszusammenhang *E. A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen (1964); *Köhler* (Fn. 5), S. 353 ff; *Kleszewski*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft (1991), S. 105 ff.

Objektivation des Rechtsbruchs im äußerlich praktischen Verhältnis als freiheitsbedeutsam für den anderen – die unwirksame bloße „Expression" einer unrechtlichen Intention genügt nicht. Anderenteils muß das Verbrechen aber in der subjektiven, die Objektivität bestimmenden Entgegensetzung einer negativ-allgemeinen Unrechtsregel durch den Täter, der eigentlich die konkrete Rechtsregel als für sich gültig begriffen hat, bestehen. Oder anders: Das Verbrechen ist handelnde Geltungsnegation des Rechts von subjektiv-objektivem Allgemeinheitsanspruch. Dieser Begründungszusammenhang, der die Stärke des personalen Handlungsverständnisses aufnimmt, führt zu einer kompromißlos-strengen Durchbestimmung der subjektiven Zurechnung im Begriff des Verbrechens.

III. Das Konzept der subjektiven Zurechnung im besonderen

1. Umriß eines strikten Konzepts der subjektiven Zurechnung

Ein begründetes und widerspruchsfreies Konzept der subjektiven Zurechnung[27] im Verbrechensbegriff erfordert hauptsächlich einen Begriff des Tatvorsatzes als praktischer Geltungswille mit Bezug auf die konkrete Verwirklichung des objektiven (Verletzungs-)Tatbestandes und einen Begriff des Unrechtswillens, der auf konkreter Normeinsicht des Täters beruht.

Kritisch bedeutet das: Ein fahrlässiges Verbrechen ist, abgesehen von der erforderlichen Schwere der Sorgfaltsverletzung, nur als „bewußtes" möglich, also unter der Voraussetzung einer willentlichen Entscheidung zur normwidrigen Gefährdung. Dagegen ist die „unbewußte Fahrlässigkeit" (culpa) keine Straftat.

Es bedeutet weiter: Der „vermeidbare" Normirrtum (Verbotsirrtum) setzt seinerseits einen aktuellen Unrechtswillen voraus, der sich auf eine vorgelagerte Pflicht zur objektiven Normklärung bei subjektivem Geltungszweifel bezieht. Die objektive Unbestimmtheit der Norm darf also nicht dem Täter zur Last fallen, so daß man an ihm die zunächst noch ungeklärte Normgeltung erst bestimmt und mit „Strafe" demonstriert. Praktisch imponierende Tatbesonderheiten wie die Affekttat oder die Tat aus einem eingewurzelten Habitus dürfen nicht bloß als objektive Abweichungen begriffen werden, sondern müssen gleichfalls aus einem subjektiv zurechenbaren Entscheidungsprozeß bestimmt werden; dieser kann allerdings Momente lebensgeschichtlich und institutionell vermittelter Haltungsbildung mit aufnehmen.

[27] Zum folgenden eingehend *Köhler* (Fn. 5); s. auch *Groteguth* (Fn. 4).

Schließlich kann das Subjekt der Tat und ihrer subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen nur das norm- und geltungsreflektierende menschliche Subjekt selbst sein. Dadurch identifiziert es sich zugleich als das Subjekt von Verbrechen und Strafe, sei es auch im objektiv-subjektiven Zusammenwirken mit anderen. Kritisch bedeutet das: Die Meinung, man könne vom geltungsreflektierend-handelnden Subjekt der Tat noch ein gesondertes „Zurechnungssubjekt" für die Strafbarkeit unterscheiden, ist verfehlt. Entsprechende Vorstellungen einer von der subjektiven Zurechnung gelösten „Verbandsstrafbarkeit" laufen auf die „Bestrafung" Unschuldiger hinaus[28].

2. Alte und neue Widersprüche

Verglichen mit diesem das „Recht der Subjektivität" wahrenden Zurechnungskonzept spiegeln Doktrin und Praxis des Strafrechts noch eine Zwiespältigkeit in der Grundlage wider.

Die alten offenen Widersprüche verbinden sich mit der („normativen") Schuldtheorie. Der nach einem letztlich objektivierenden Maßstab „vermeidbare" Verbotsirrtum soll in Anwendung von § 17 StGB strafbar sein[29]. Die subjektive Zurechnung wird damit durch „Vorwerfbarkeit" ersetzt. Sieht man von systematischen Einordnungsfragen ab, so bringt in der Sache die sog. Vorsatztheorie die Grundwidersprüchlichkeit einer solchen Begriffsbildung, den Verstoß gegen das Schuldprinzip zwingend zur Geltung[30]. Die subjektive Zurechnung trotz Normirrtums ist allerdings dann kein Widerspruch, wenn eingesehen wird, daß eine unrechtseinsichtige Entscheidung sich auch gegen eine erkannte vermittelnde Normklärungspflicht bei vorläufiger subjektiver Ungewißheit wenden kann. Diese Form von Norm-„Leichtsinn" ist gerade für unübersichtliche Verhältnisse intuitiv gut zugänglich; in diesem Sinne kann gültig von einem willentlich schuldhaft „vermeidbaren" Normirrtum die Rede sein, der weniger schwer wiegt als das direkte Übergehen der Norm. Das geltende Gesetz zum Normirrtum und der Grundsatz der subjektiven Zurechnung können also gut in Übereinstimmung gebracht werden.

Eine ähnliche Kritik ist gegenüber der von der normativen Schuldtheorie behaupteten Strafbarkeit der unbewußten Tatfahrlässigkeit anzu-

[28] Eingehend *von Freier*, Kritik der Verbandsstrafe (1998).

[29] Vgl. BGHSt. 2, 194; zusf. *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil, 5. Aufl. 1996, S. 452 ff.

[30] Eingehend *Arthur Kaufmann* (Fn. 24), S. 130 ff; *Schmidhäuser*, Strafrecht Allg. Teil, 10/57 ff; klärend *Groteguth* (Fn. 4).

bringen[31]. Der Widerspruch gerade auch zum Ansatz der finalen Handlungslehre ist hier besonders deutlich. Dagegen genügt es nicht, auf der objektiven Seite Einschränkungen in Richtung auf grobe oder schwere Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit) vorzunehmen. Denn es gibt auch das schuldlose Augenblicksversagen bei objektiv schwerer Fahrlässigkeit. Hier hat das Strafrecht aus dem Grunde der subjektiven Zurechnung keine Legitimation. Aufgabe einer prinzipienorientierten Strafrechtswissenschaft ist es, dies unablässig „kontrafaktisch" zur Geltung zu bringen.

Der Begriff des Tatvorsatzes ist eigentlich am stärksten von der handlungstheoretischen Orientierung in der Folge des Finalismus geprägt. Aber es bleiben Auseinandersetzungen mit einer Tendenz, anstelle der subjektiven Zurechnung die objektive genügen zu lassen. Methodisch ist es verfehlt, die Vorsatzfrage so zu stellen, als handle es sich um die mehr oder weniger weitgehende Abbildung eines objektiv vorausgesetzten Gefährdungs- oder Verletzungsgeschehens; dies ist der Mangel der älteren und jüngeren „Vorstellungstheorien"[32]. Umgekehrt ist im Willens- und Vorsatzbegriff die subjektive Konzeption (Hervorbringung) eines objektiven Geschehens gefaßt. Vom Handlungs- und Zurechnungsbegriff aus bestimmt sich der Vorsatz also richtig als (objektiv tatbestandsbezogener) Verwirklichungswille, der sich durch ein subjektiv-praktisches Geltungswissen bezüglich eines teleologischen (oder finalen) Geschehensverlaufs konstituiert; das bedeutet eine Einheit von Wissen und Wollen, nicht etwa Wissen und Wollen als getrennte Entitäten[33]. Den Tatbestand einer Verletzung oder Gefährdung verwirklichen zu wollen, heißt daher, ihn subjektiv zu begreifen als objektiv-regelhaft gesetztes Teilmoment der eigenen Handlungskonzeption; das ist ein affirmatives praktisches Geltungsurteil („es soll so sein"), welches eine Einheit von konkreter Realmöglichkeit und ihrem immanenten Zufall (d. h. Wirklichkeit) einschließt. Eindeutig liegt ein so begriffener Tatvorsatz bei der Absicht engeren Sinnes und beim Handeln in Gewißheit bezüglich einer „Neben"-Folge vor. Nicht vorsätzlich handelt der Täter dagegen, insofern er zu einem negativen Geltungsurteil hinsichtlich der als möglich erkannten Verwirklichung des (Gefährdungs- oder Verlet-

[31] Eingehend *Köhler* (Fn. 5), S. 171 ff.

[32] In dieser Richtung zuletzt *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung (1992), S. 35 ff; zur Kritik *Köhler* (Fn. 3), S. 296 ff.

[33] Vgl. grundlegend *E. A. Wolff*, Gallas-Festschrift (1973), S. 197 ff; treffend die Formulierung *Hirschs*, ZStW 94 (1982), S. 250, „jede Handlung (ist) eine Symbiose von subjektiver und objektiver Seite, nämlich Willensverwirklichung"; s. auch *Köhler* (Fn. 3), S. 199 ff; *ders.* (Fn. 5), S. 161 ff; *Frisch*, Vorsatz und Risiko (1983), S. 255 ff.

zungs-)Tatbestandes gelangt. Dadurch bestimmt sich auch der praktisch bedeutsame Grenzbegriff des dolus eventualis. Nimmt man den Begriff des Willens und der subjektiven Zurechnung ernst, dann kann für den Verletzungsvorsatz nicht genügen, daß der Täter die Möglichkeit oder die Gefahr des tatbestandsmäßigen Verletzungserfolges erkannt hat; denn das bedeutet nur Gefährdungsvorsatz. Vorauszusetzen ist vielmehr, daß er den tatbestandsmäßigen Erfolg selbst mit einem affirmativen Geltungsurteil für sich einsetzt, und zwar so, daß das Ausbleiben des Erfolges im Status des vagen Zufalls, ohne regelhafte Chance bleibt. Nur dann hat er hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung praktisches Wissen oder anerkennendes Geltungswissen. Dieses praktische Für-sich-Einsetzen des Verletzungserfolges selbst wird auch dem Sprachsinn vom dolus eventualis am nächsten ausgedrückt durch die Formulierung, der Täter müsse „für den Fall des Erfolgseintritts in diesen eingewilligt" haben[34]. Freilich darf die „Einwilligung" nicht als hypothetischer „Wille" mißverstanden, sondern muß als aktueller, durch die Einsicht in die Situation unausweichlicher Geltungswille interpretiert werden: „Sich abfinden" mit der Tatbestandsverwirklichung, diese „ernst nehmen", „billigen" sind ähnliche Annäherungen – im Unterschied zum „vertrauen" auf das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolges bei der bewußten Fahrlässigkeit (luxuria). An diesen Formulierungen wird zwar kritisiert, sie seien bloß beschreibend, setzten ein unausgewiesenes Willens- oder „emotionales" Moment neben den eigentlich maßgebenden Wissenssachverhalt[35]. Aber damit werden diese Formeln doch auch in der Sache unterbestimmt, da sie einen unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Zurechnung und des Verwirklichungswillens durchaus maßgebenden gegensätzlichen Urteilsinhalt praktischen Geltungswissens (und Wollens) des normreflektierenden Subjekts ausdrücken: „Es ist zwar eine Erfolgsmöglichkeit, Verletzungsgefahr real gegeben, aber letztlich wird nichts passieren." Dieses subjektiv gegensätzliche praktische Geltungsurteil über die Wirklichkeit eigenen Handelns macht den „Leichtsinn" oder die bewußte Fahrlässigkeit aus; es genügt nicht, um Verletzungsvorsatz anzunehmen. Als relativ selbständige subjektive Geltungsreflexion wird es nicht durch objektive Gefahrdefinitionen bestimmt oder ausgeschlossen, wie jedoch auch neuere Formulierungsversuche behaupten, die für den Verletzungsvorsatz auf eine „unabge-

[34] Vgl. *Köstlin*, Neue Revision (1845), S. 259; zusf. *Maurach*, Strafrecht Allg. Teil (3. Aufl. 1965), S. 226 f.

[35] Klärend die Kritik von *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 64 ff; zuletzt *Puppe* (Fn. 32).

schirmte Gefahr" oder eine „qualifizierte Gefahrvorstellung" abstellen[36]. Denn das bewußte Eingehen einer (qualifizierten) Gefahr bedeutet nicht schon Verletzungsvorsatz; Gefährdungs- und Verletzungstatbestand müssen objektiv wie subjektiv unterschieden bleiben[37]. Die den Phänomenen nahe Entscheidungspraxis der Rechtsprechung kommt daher auf der Grundlage der „Einwilligungs"-Formeln ganz überwiegend zu treffenden Unterscheidungen. Praktisch nimmt die im ganzen kritische Rechtsprechung dolus eventualis an, wenn der Täter zwar ohne Verletzungsabsicht, aber objektiv und subjektiv höchst gefährlich handelte[38]. Dies sind Fälle nahe der subjektiven Gewißheit, wo allenfalls die Hoffnung auf den Zufall, normalerweise die gleichgültige Negation gegenüber dem anderen übrig bleibt. Beispielsweise stößt der Täter dem Opfer mit Wucht ein Messer in den Leib und bekundet danach, er habe dem anderen „einen Denkzettel verpassen" wollen. Dagegen wird in Konstellationen hoher Gefahr, in denen der Täter gleichwohl auf eine regelmäßige Vermeidechance setzt, der Vorsatz treffend ausgeschlossen; ein praktisch häufiges Beispiel: Der Täter fährt mit hoher Geschwindigkeit auf eine Polizeisperre zu im Vertrauen darauf, der erfahrene Polizist werde es nicht darauf ankommen lassen, sondern rechtzeitig beiseite springen. In solchen Fällen wird regelmäßig zutreffend zwar ein vorsätzliches Gefährdungsdelikt angenommen, aber ein (versuchtes) vorsätzliches Verletzungsdelikt ausgeschlossen. In der Sache überzeugend unterscheidet die Rechtsprechung auch zwischen dem Begriff des dolus und einer problematischen Beweisregel zu seiner Feststellung.

Die in der Doktrin vertretene Gegenauffassung läßt die Vorstellung von der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit des Erfolges, von der „unabgeschirmten" oder „qualifizierten" Gefahr für den Verletzungserfolgsvorsatz zureichen[39]. Der Sache nach liegt darin eine Wiederannäherung an die alte dolus-indirectus-Lehre: Ausdrücklich soll eine „normative" Betrachtungsweise oder ein objektives Zurechnungskonzept den „Vorsatz" begründen[40]. Dies konvergiert mit einer subjektiv-ethisierenden

[36] Vgl. *Herzberg*, JZ 1988, 573, 635; *Puppe* (Fn. 32), S. 37 ff.

[37] Vom objektiven Tatbestand her klärend *Frisch* (Fn. 33), S. 92 ff. u. ö.

[38] Grundlegend BGHSt. 7, 363; zur Judikatur *Köhler* (Fn. 3), S. 45 ff; *ders.* (Fn. 5), S. 168 f, m. w. N.

[39] Vgl. *Herzberg* (Fn. 36); *Puppe* (Fn. 32).

[40] *Puppe* (Fn. 32), S. 36 ff, hält es für „rechtsethisch" zweifelhaft, ob bei ernst zu nehmender Gefahr ein Leichtnehmen im Vergleich zum Ernstnehmen überhaupt eine günstigere Bewertung verdiene, und setzt anstelle des subjektiven Tatbestandes eine „Interpretation des Täterhandelns nach allgemeinen Maßstäben der Vernunft" (S. 39 f).

Unrechtsauffassung. Nicht die wirklichkeitsbestimmende Qualität des Unrechtswillens ist danach maßgebend, sondern die intendierte Abwendung von der Norm überhaupt, während das Maß ihrer subjektiv-objektiven Realisation außer Betracht gerät. Die Folgerungen zeigen sich also nicht nur in einer Moralisierung der Versuchsdoktrin und der Beteiligungslehre, sondern auch beim Vorsatzbegriff. Aber dagegen ist festzuhalten: Unrecht und Verbrechen bestimmen sich im wirklichen äußeren Freiheitsverhältnis zum anderen als ein subjektiv-objektiver Sachverhalt willentlichen Handelns. Das Erfordernis der subjektiven Zurechnung beruht nach Grund und Maß darauf, daß der Wille regelanwendend diese Objektivation selbst konstituiert. Hat man das eingesehen, dann ist die Überwindung der dolus-indirectus-Lehre ein notwendiger Fortschritt. Der Verletzungsvorsatz in der Form des dolus eventualis muß zwingend vom Gefährdungsvorsatz und von einer bloßen Beweisregel unterschieden werden. Der Gefährdungsvorsatz bzw. die bewußte Fahrlässigkeit behalten freilich ihr eigenes Gewicht im Verbrechensbegriff. Im geltenden Gesetz mögen sie nicht angemessen bewertet sein, was an der Konfusion mit der illegitimen Strafbarkeit der unbewußten Fahrlässigkeit liegt. Das könnte gesetzgeberisch zurechtgerückt werden. Die Verabschiedung eines auf dem Grundsatz der subjektiven Zurechnung beruhenden Begriffs des Tatvorsatzes kann dagegen nicht ernstlich in Frage kommen.

Eine ähnlich begründete Kontroverse bleibt für den Vorsatz hinsichtlich des Kausalverlaufs zu verzeichnen. Hier herrscht – so muß man sagen – trotz gegenteiliger Versicherungen eine starke Tendenz zur dolus-generalis-Doktrin[41]. Auch wenn nicht die vorsätzlich-kausale Handlung des Täters selbst, sondern sein zusätzliches vorsatzloses Handeln früher oder später den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat, wird dieser dem Täter ganz zugerechnet. Die Formel lautet: „unwesentliche Abweichung" vom vorgestellten Kausalverlauf. Manche wollen dies sogar bei „aberratio ictus" und „abstrakter Gleichwertigkeit" des betroffenen Objekts annehmen. Die letztere Erweiterung entspricht zwar nicht der vorherrschenden Auffassung und wird auch von der Rechtsprechung im allgemeinen abgelehnt – mit der Ausnahme der Konstellation des Rose-Rosahl-Falles: Bei Personenverwechslung durch den Täter, die dadurch für den Anstifter eigentlich zur aberratio ictus wird, nimmt auch der Bundesgerichtshof die Zurechnung der vollende-

[41] Vgl. BGHSt. 14, 193; zusf. *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil, S. 311 ff; *Köhler* (Fn. 5), S. 152 ff, m. w. N.

ten Tat zum Vorsatz des Anstifters an[42]. Der wirkliche Mangel der subjektiven Zurechnung wird durch eine unausgewiesene „Gleichbewertung" gleichsam übersprungen. Dies ist wiederum ein bezeichnender Terminus auf dem Hintergrund eines objektiv-teleologischen Zurechnungskonzepts. Denn an die Stelle der rechtsbegrifflichen Zurechnung treten der moralische Sachverhalt der manifestierten Unrechtseinstellung, die Tötung eines anderen herbeiführen zu wollen, und deren negative Bewertung. Dieser Übersprung findet um so leichter statt, als ein vollendungsnahes Gefährdungsverhalten vorliegen mag, vielleicht auch ein hypothetisch anzunehmender Wunsch des Täters, der Erfolg möge auf jede Weise eintreten. Aber der bloße Versuch der Tat wird, auch wenn er mit dem bösen Wunsch verbunden ist, nicht zum die Vollendung beherrschenden Willen.

Ein um Konsequenz bemühter Begründungsversuch[43] nimmt demgegenüber an, der lediglich durch das Erfordernis einer Vorsatzgefahr definierte Inhalt der Vorsatzvorstellung müsse auch nur insoweit mit der objektiven Realität übereinstimmen; welche Vorstellungen konstitutive Bestandteile eines Vorsatzes sind, bestimme der Gesetzgeber in den Tatbeständen, „und damit auch den Umfang der Klasse von Erfolgen und Kausalverläufen, die dem Täter nach diesem Tatbestand zum Vorsatz zurechenbar sind. Der Täter ist jedenfalls nicht kompetent, diese Klasse durch besondere Vorstellungen oder gar Wünsche einzuschränken." Aus dieser Abstraktion soll folgen, daß für den Vorsatz eine Vorstellung von der Eignung des Handelns zureichen soll, „überhaupt ein tatbestandsmäßiges Objekt" zu betreffen; ähnlich soll in den dolus-generalis-Fällen für die Vorsatzzurechnung nicht erforderlich sein, „daß der Täter die vollständige hinreichende Erfolgsbedingung kennt, sei es in ihren Details, sei es auch nur in ihren groben Zügen"[44]. Solche Folgerichtigkeit hat das Verdienst, den Mangel im Grundsätzlichen klar vorzuführen. Der Begriff des Willens und des Vorsatzes wird fundamental verfehlt. Die auch dem Vorverständnis klare Unterscheidung zwischen (unwesentlichem) error in objecto einerseits und den Fällen abweichenden Verlaufs bis hin zur aberratio ictus andererseits ist aus den Begriffen des Handelns, der subjektiven Zurechnung und des Vorsatzes abgeleitet. Vorsatz (ähnlich wie Absicht) impliziert als Wille aus der Kategorie der inneren Teleologie den konkreten Zusammenschluß der subjektiven Konzeption und ihrer objektiven Realisation. Solches konkrete Handeln

[42] Vgl. BGHSt. 37, 214; zum Streitstand *Köhler* (Fn. 5), S. 156, 528 f.
[43] Vgl. *Puppe* (Fn. 32), insbesondere S. 49 ff.
[44] *Puppe* (Fn. 32), S. 49 ff, 52, 54 f; zusf. S. 72 ff.

und Verwirklichen ist selbstverständlich in den Tatbeständen vorausgesetzt, nicht bloß die abstrakte Vorstellung von Merkmalen („Klassen"), die auf irgendeine „objektiv geeignete" Weise Realität gewinnen können. Dies als Handeln auszugeben und subjektiv zuzurechnen, überschritte umgekehrt die Kompetenz eines Gesetzgebers, dessen Normen sich auf selbstbestimmt handelnde Personen beziehen. Zum tatbestandsmäßigen concretum einer subjektiv zuzurechnenden „objektiven" Wirklichkeit eigenen Handelns gehört zwar auch der immanente Zufall, wodurch die Rede von der „unwesentlichen" Abweichung einen guten begrenzten Sinn hat, nicht aber die für den Täter äußere Verwirklichung einer objektiv ganz anderen Regelhaftigkeit.

Zusammengefaßt: Mit dem Begriff der subjektiven Zurechnung wird das „Recht der Subjektivität" in der Begründung des Strafrechts gewahrt. Das Strafrecht hat nicht die Funktion, eine objektiv-teleologisch behauptete Normgeltung gegenüber dem abweichenden Subjekt und im Hinblick auf die Rechtstreue anderer mit Strafe zu demonstrieren. Es bezieht sich auf diejenige fundamental-allgemeine Geltungsnegation, die in der bewußten Gegenentscheidung des normreflektierenden Subjekts als Mitgrundes des Rechtsverhältnisses wurzelt; die Strafe legitimiert sich daher zugleich gegenüber dem Täter wie der Gesellschaft als wirklich allgemeingültige und allenfalls insofern generalpräventive Geltungsrestitution. Subjektive Zurechnung, ein daraus begriffenes Schuldprinzip und die Strafrechtsbegründung sind also substantiell miteinander verknüpft. Das ist in der Systematik, namentlich in den Begriffen des Vorsatzes und des Unrechtswillens, in Kritik an der „Strafbarkeit" unbewußter Fahrlässigkeit und auch an der behaupteten Strafbarkeit von Subjekten ohne jede subjektive Zurechnung (Stichwort: Verbandsstrafe), kompromißlos durchzusetzen. Sonst verliert das Strafrecht seine Identität und seinen Namen. Nicht zuletzt geht es hierbei um das Tat- und Schuldstrafrecht einer freiheitlichen Republik, oder in europäischer Wendung: um einen zentralen Grundsatz des Strafrechts in einem Bund freier Republiken.

Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts

Ernst-Joachim Lampe

I.

Die strafrechtliche Lehre vom Unrecht hat in jüngster Zeit von ihrem Gegenstück, der Lehre von den Unrechtsfolgen, wichtige Anregungen erhalten. Vor allem das neue Institut des Täter-Opfer-Ausgleichs (§ 46 a StGB) hat zu einer Änderung der Blickrichtung auf das Unrecht geführt: weg von der Personalität, hin auf die Interpersonalität, auf den zwischenmenschlichen Gehalt. Damit bahnt sich eine Versöhnung zwischen „personaler" und „objektiver" Unrechtslehre an. Weder ist Unrecht schon, was eine „Person" in Gang setzt, noch erst das, was einem „Objekt" widerfährt, sondern was sich zwischen Täter und Opfer ereignet: soziales „Beziehungsunrecht"[1]. Damit erlangen konsequent auch die Unrechtsfolgen eine umfassendere Funktion: Sie dienen sowohl dem retributiven Ausgleich zwischen Täter und Opfer als auch der präventiven Sorge um die weitere Entwicklung ihrer Beziehungen und schließlich dem Erhalt der Rechtsordnung, der ihre Beziehungen den Frieden verdanken.

Da die Strafrechtsordnung – wie jede andere Teilrechtsordnung – aus zwei Perspektiven *begründet* werden kann: aus der Perspektive seiner Regelungsfolge, d.i. der Strafe, und aus der Perspektive seines Regelungsgegenstandes, d.i. des Unrechts, stehen zwei Begründungs*methoden* zur Verfügung.

Von der Regelungsfolge geht die funktionale Begründung aus. *Günther Jakobs*, ihr konsequentester Verfechter, sieht die Funktion der Strafe darin, die Rechtsordnung „als Orientierungsmuster für den sozialen Kontakt" zu erhalten[2] und das (vorrechtliche[3]) Strafbedürfnis der Gesellschaft angesichts eines Rechtsbruchs rechtsstaatlich zu kanalisieren

[1] Ich habe diese Auffassung in meiner Habilitationsschrift „Das personale Unrecht" (1966, S. 211 ff, 223 ff) begründet. Im wesentlichen übereinstimmend dann *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, 1981, S. 59 ff, 67 ff, bes. S. 80 ff.

[2] *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/11.

[3] Die gelegentlich zu hörende Behauptung, das Strafbedürfnis werde erst durch die Existenz von Strafrecht begründet, ist historisch unhaltbar und anthropologisch absurd.

und zu befriedigen[4]. Als Strafrechtsgut gelten ihm folglich die staatlichen Rechtsnormen[5]. Was zu ihrer Erhaltung erforderlich ist, bestimme sich nach den Funktionsnotwendigkeiten der Gesellschaft[6]. An diesen Notwendigkeiten sei die Strafe auszurichten[7]. Sie müsse denjenigen treffen, der die Norm gebrochen hat, und sie müsse ihn in dem Maße treffen, wie sein Normbruch den Orientierungswert der Norm beeinträchtigt hat[8]. Inhalt der Strafe sei somit „ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm"[9].

Vom Entstehungsgrund des Strafbedürfnisses, vom Tatbestand des Strafunrechts, geht dagegen die ontologische Begründung aus: Was Unrecht „ist", welche ontologische Struktur es besitzt, das sei jeder Wertung und somit auch der strafrechtlichen vorgegeben. Die (anzuerkennenden) Funktionsnotwendigkeiten der Gesellschaft dürften das Strafrecht nicht beliebig normieren, die Normierung sei vielmehr an vorgesellschaftliche „sachlogische" Gegebenheiten gebunden. Hauptvertreter einer solchen Lehre sind heute *Hans Joachim Hirsch*, der hochverehrte Jubilar, sowie sein Schüler *Georg Küpper*. *Hirsch* moniert, daß „es Theoretikern des Rechts nach wie vor schwer fällt, sich aus der – gedanklich bequemeren und wissenschaftlich schwerer überprüfbaren – rein normativen Vorgehensweise zu lösen"[10]. *Küpper* setzt demzufolge, wie er sagt, „die Wirklichkeit wieder in ihr Recht" ein[11]. Was diese Wirklichkeit „ist", offenbare einem die Phänomenologie: „Die Betrachtung der Seinssphäre darf nicht bei den Einzelerscheinungen stehenbleiben, son-

[4] *Jakobs* (Fn. 2), 1/15 (mit Fn. 15).

[5] *Jakobs* (Fn. 2), 2/1 ff.

[6] *Jakobs* (Fn. 2), 17/22. *Jakobs* schwankt nicht nur hier zwischen Deskription und Präskription. Auch sein Diktum „Jedenfalls bewirkt [!] die Strafe, daß die Norm taugliches Orientierungsmuster bleibt" (aaO 1/11) ist zwar deskriptiv formuliert, m. E. aber präskriptiv zu verstehen.

[7] Für *Jakobs* folgt hieraus, daß die Strafe die Funktion hat, generalpräventiv im Sinne der Stärkung der Norm zu wirken. Entsprechend einer klaren Scheidung zwischen positiv-funktionalistischer und normativ-funktionalistischer Straftheorie sind jedoch zwei Fragen zu trennen: (a) ob die Strafe geeignet ist, positiv-generalpräventiv zu wirken; (b) ob sie in diesem Sinne (und nur in diesem Sinne) wirken soll. Die Strafrechtsdoktrin wird auf die Beantwortung der normativen Frage um so weniger verzichten können, als sich die empirische Frage generell nur vage, für den Einzelfall aber gar nicht beantworten läßt, somit die positiv-generalpräventive Funktion der Strafe für die Höhe der generell anzudrohenden Strafe nur einen vagen, für deren Höhe im Einzelfall aber gar keinen Maßstab abgibt.

[8] *Jakobs* (Fn. 2), 1/9.

[9] *Jakobs* (Fn. 2), 1/11.

[10] *Hirsch*, ZStW 93 (1981), 831 (850).

[11] *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 12.

dern muß dem „Wesen" der Dinge auf den Grund gehen"[12]. Dieses „Wesen" habe „zeitlose Gültigkeit" bzw. „ewige Wahrheit"; und an solche Wahrheit sei jede wertende Betrachtung, auch die des Rechts, gebunden[13]. Spezifischer Ausdruck solcher Bindung sei die „Natur der Sache". Sie gebe den Rechtsprädikaten eine objektive Basis und der Rechtserkenntnis Orientierungssicherheit[14].

Ich werde meine Ausführungen dieser ontologischen Begründung des Strafrechts widmen, allerdings mit einem bedeutsamen Unterschied. *Küpper* versteht sie als Gegenposition zur funktionalen Begründung – ebenso wie *Jakobs* die funktionale als Gegenposition zur ontologischen Begründung. Ich selbst bin nicht dieser Meinung. Den Grund, weshalb beide Positionen als gegensätzlich erscheinen, sehe ich in ihrer Verschärfung einerseits zur normativ-funktionalen und andererseits zur realontologischen Begründung. „Setzt man bei der Aufgabe des Strafrechts an ..., so führt das zu einer (Re-)Normativierung der Begriffe", behauptet *Jakobs*[15]. Und *Küpper* lehnt *Radbruchs* Deutung des ontologischen Zentralbegriffs *„Natur der Sache"* als „Ausdruck der Rechtsidee"[16] nicht etwa deshalb ab, weil sich aus der Rechtsidee keine ontologischen Strukturen entwickeln lassen, sondern weil die „Natur des Regelungsgegenstandes" angeblich keiner Mediatisierung durch die Rechtsidee bedarf, um für die Rechtsgestaltung „verbindlich" zu sein[17]. Im Gegensatz zu beiden Autoren meine ich, daß das Strafrecht sich weder normativ-funktional noch real-ontologisch begründen läßt. Denn der eine Versuch, das Funktionale zum rechtlich Richtigen zu erhöhen, führt in die Irrungen des Utilitarismus, und der andere, aus der dem realen Sein innewohnenden Ordnung, aus den Naturgesetzen (einschließlich etwaiger „Wesensgesetze") Maßstäbe für die Sollensordnung, für die Rechtsgesetze, herzuleiten, führt in das Dilemma entweder des Zirkelschlusses[18] oder des naturalistischen Fehlschlusses.

[12] *Küpper* (Fn. 11), S. 33.

[13] *Küpper* (Fn. 11), S. 24 ff.

[14] *Küpper* (Fn. 11), S. 36.

[15] *Jakobs* (Fn. 2), S. VII.

[16] *Radbruch*, Festschrift Laun, 1948, S. 157 (162).

[17] *Küpper* (Fn. 11), S. 38 f, wo im einzelnen noch zwischen „absoluter", „relativer" und „hilfsweiser" Verbindlichkeit unterschieden wird. Die realontologische Ausdeutung der „Natur der Sache" hängt sicher auch mit der Redeweise von „sachlogischen" Strukturen zusammen, die nach *Welzel* den ganzen Rechtsstoff wie ein Gewebe durchziehen (Festschrift Niedermeyer, 1953, S. 279 [290 ff]), sowie mit der Annahme eines wertfreien Tatbestandes, die dem dreigliedrigen Verbrechensaufbau zugrunde liegt und in den z. B. auch ein wertfreier Handlungsbegriff eingebettet ist.

[18] Ein Beispiel ist *Küppers* Forderung, der Gesetzgeber dürfe „durch Verhaltensnormen allein menschliches Verhalten beeinflussen" ([Fn. 11] S. 39).

Gleichwohl muß deshalb der Stab weder über die funktionale noch über die ontologische Unrechtsbegründung gebrochen werden. Denn an die Stelle der realontologischen kann eine sozialontologische Begründung aus der „Natur der Sache" treten, die dann der funktionalen Begründung nicht einmal widerspricht, sondern zu ihr in einem komplementären Verhältnis steht. Den Kernpunkt einer solchen sozialontologischen Begründung hat bereits *Dernburg*[19] formuliert: „Die Lebensverhältnisse [!] tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man die Natur der Sache." Gegenüber einer solchen sozialontologischen Begründung gilt das Verdikt des naturalistischen Fehlschlusses nicht; denn das Soziale ist normativ durchsetzt. Ich werde daher im Folgenden von einer solchen sozialontologischen Basis aus argumentieren.

Aus Raumgründen werde ich meine Untersuchung allerdings nicht auf sämtliche Lebensverhältnisse, sondern nur auf jenen Teilbereich erstrecken, aus dem das formale Strafunrecht hervorgeht. Als „formal" bezeichne ich das Unrecht dann, wenn es zwar abhängig ist vom Stand der menschlichen Entwicklung (Anthropogenese) und von der Differenziertheit einerseits, Homogenität andererseits der gesellschaftlichen Strukturen (Soziogenese), jedoch unabhängig von jedem kulturspezifischen Inhalt. Die Schwierigkeit der Abstraktion und damit der Eingrenzung des Untersuchungsstoffes ist zuzugeben. Exakt läßt sie sich nicht auflösen, weil ich nicht vollständig von der Realität abstrahiere, sondern diese lediglich auf die Gesamtheit der Sozialbeziehungen begrenze, die allemal besonders sind. Man mag die Eingrenzung deshalb zusätzlich rechtstechnisch verstehen als Begrenzung auf den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs[20]. Doch selbst das ist ungenau. Denn ich werde Gelegenheit haben zu rügen, daß Strafnormen statt im Allgemeinen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs loziert sind.

II.

Ontologische Grundlage des Unrechts und damit auch des Strafunrechts sind, so lautet meine Ausgangsthese, nicht reale Tatsachen oder Ereignisse, sondern *soziale Beziehungen.* Diese sind Funktionen (d. h. objektive Konsequenzen) *sozialer Prozesse.* Produziert, d. h. hergestellt, ver-

[19] *Dernburg,* Pandekten, Bd. I, 3. Aufl. 1892, S. 87 – von *Küpper* überraschenderweise zustimmend zitiert!

[20] Vgl. dazu auch *Welzel* (Fn. 17), S. 291 f.

ändert oder aufgehoben, werden sie von *Sozialpersonen*, worunter ich nicht nur (1) natürliche Personen sowie Personengemeinschaften verstehe, sondern auch (2) Personenverbände sowie Verbandspersonen. *Unrecht* sind die Sozialbeziehungen, wenn sie rechtsgesetzlich negativ bewertet werden. Die Unrechtsproduzenten sind dann für die Sozialprozesse rechtlich *verantwortlich*. Im einzelnen:

(1) Eine *natürliche Person* ist Produzentin eines Sozialprozesses, wenn sie sich „in bezug auf" eine andere Sozialperson „verhält". Der von ihr produzierte Sozialprozeß kann, wenn er das soziale Zusammenleben aller unter dem Schutz der staatlichen Rechtsordnung stört, vom Gesetz als Unrecht bewertet werden. Die natürliche Person ist in diesem Fall für ihn juristisch verantwortlich.

Sozial gesehen ist auch eine *Personengemeinschaft*, d.i. eine Verbindung natürlicher Personen, eine (einheitliche) Person. Auch sie kann soziale Prozesse erzeugen, und das Gesetz kann diese als Unrecht werten. Verantwortlich dafür ist primär ebenfalls sie selbst[21]. Als strafgesetzliche Beispiele nenne ich aus dem Allgemeinen Teil die mittäterschaftliche Tatbegehung (§ 25 II StGB), aus dem Besonderen Teil die „von mehreren gemeinschaftlich" begangene Körperverletzung, die unter verschärfter Strafdrohung steht (§ 223 a StGB a.F.).

Nicht nur externe Akte der Personengemeinschaft, auch interne Akte zu ihrer Bildung sind soziale Prozesse. Und sofern externe sozialwidrige Beziehungen die Folge sind, kann das Gesetz bereits die internen Akte als Unrecht werten. Gesetzliche Beispiele sind die Anstiftung[22] und die Verabredung zu einem Verbrechen. Selbst der Versuch, eine Personengemeinschaft zu bilden, kann Unrecht bedeuten, sofern er eine Gefahr für Dritte begründet. Unser Strafgesetz gibt wiederum eine Reihe von Beispielen. Die gesetzlichen Beispiele finden wir teils im Allgemeinen Teil (§§ 26 ff StGB), teils im Besonderen Teil (§§ 111, 124 f, 129 f StGB). Diese Aufteilung ist m. E. zu beanstanden. Mehr noch zu beanstanden sind aber die inhaltlichen Differenzierungen, die das Gesetz hiermit verbindet; sie finden nämlich in der „Natur der Sache" keine hinreichende Stütze.

[21] Näher dazu *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (688 ff).

[22] Fälschlich sieht das Gesetz in der Anstiftung nur einen Anstiftungsversuch, solange die Tat nicht ausgeführt wurde. Ontologisch richtig sind zu unterscheiden (1) der interne Versuch, einen anderen zu bestimmen (§ 30 I StGB), (2) die intern vollendete Bestimmung (ebenfalls § 30 I StGB) und (3) die Zurechnung der externen Folgen der Bestimmung an den Anstifter (§ 26 StGB).

Nicht nur im Allgemeinen, sondern auch im Besonderen Teil finden wir Regelungen über die Verabredung einer Straftat. Sie unterscheiden sich hauptsächlich durch die Zahl der Beteiligten und durch die Art der verabredeten Delikte. Verabreden sich zwei Personen, dann machen sie sich nur strafbar, wenn sie ein Verbrechen begehen und beide sich als Täter beteiligen wollen (§ 30 II StGB). Verabreden sich mehr als zwei Personen, dann machen sie sich auch strafbar, wenn sie ein Vergehen verüben wollen und „sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen"[23] (§ 129 StGB). Die Differenzierung leuchtet nicht ein und wird deshalb von der Rechtsprechung abgeschwächt[24]. Ebenfalls sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen Teil geregelt ist die Aufforderung zur Begehung einer Straftat. Wiederum wird sie das eine Mal nur bei Verbrechen bestraft (§ 30 I StGB), das andere Mal auch bei Vergehen, hier allerdings mit der Einschränkung, daß die Aufforderung öffentlich erfolgt sein muß (§ 111 StGB). Die Rechtsfolgen weisen schwer verständliche, hier nicht zu erörternde Unterschiede auf. Schließlich wird das Sich-Erbieten zum Verbrechen zwar im Allgemeinen Teil der Aufforderung gleichgestellt (§ 30 II StGB), nicht aber das öffentliche Sich-Erbieten (z. B. seitens des sog. „Bravo") der öffentlichen Aufforderung im Besonderen Teil (§ 111 StGB). Ein einleuchtender Grund ist abermals nicht ersichtlich.

Da die Personengemeinschaft nur sozialontologisch (nicht jedoch realontologisch) eine Einheit ist, muß die juristisch notwendige *Verteilung der Unrechtsverantwortung* unter ihre Mitglieder ebenfalls sozialontologisch begründet werden. Dem widerspricht jedoch z. T. die strafrechtliche Lehre.

- Die Verantwortung für Anstiftung (§ 26 StGB) und psychische Beihilfe (§ 27 StGB) begründet die heute herrschende Verursachungstheorie[25] realontologisch mit der (kausalen) Einwirkung auf den Täterwillen. Konsequent soll das realontologische Kriterium der Einwirkungsstärke die Grenze zwischen Anstiftung und Beihilfe markieren[26]. Beides ist unbefriedigend. Denn zum einen begründet die Einwirkung auf den Täterwillen nur insoweit Unrechtsverantwortung, wie sie sozialwidrige Folgen hat, nicht dage-

[23] BGHSt. 31, 202 (205) m.w.N.

[24] Vgl. BGHSt. 31, 202 (207) und 41, 47 (51). Beide Entscheidungen lesen aus § 129 II Nr. 2 StGB heraus, daß die Vergehen eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründen müssen. Sachbeschädigungen, Beleidigungen u. ä. reichten dafür nicht aus.

[25] Genauer „akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie"; vgl. *Baumann/Weber*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, § 30 Rdn. 3 ff. (S. 639 ff); *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1994, § 20 Rdn. 130 ff. (S. 667 f).

[26] Vgl. dazu *Schulz*, JuS 1986, 933 (937): „Der Anstifter muß sich gegenüber dem Täter in gewisser Hinsicht als dominant erweisen, während der Gehilfe durch ein Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist"; *Jakobs* (Fn. 2), 22/22: „Psychische Beeinflussung ist nur dann Anstiftung, wenn der Täter ... seinen Entschluß in Abhängigkeit vom Willen des Beeinflussenden faßt und durchhält."

gen, wenn sie das Risiko für das Opfer vermindert[27]. Das beweist, daß Grundlage für das Teilnehmerunrecht nicht nur die interne Vergemeinschaftung durch den „gemeinsamen Tatplan", sondern auch die daraus resultierende externe Sozialbeziehung ist[28]. Und zum anderen bedarf es oft nur eines geringen Anstoßes, um beim Täter den Tatentschluß hervorzurufen, jedoch erheblicher seelischer Unterstützung, um ihn bei der Stange zu halten. Das beweist, daß auch die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe kein realontologisches, sondern ein sozialontologisches Problem ist, welches nach der internen Verteilung der sozialen Gewichte[29] und dem externen Ausmaß der hierdurch begründeten „sozial inadäquaten Risikoerhöhung"[30] zu lösen ist[31].

– Ähnlich unbefriedigend bleibt die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 II StGB) und physischer Beihilfe (§ 27 StGB), wenn man mit der ganz überwiegend vertretenen Tatherrschaftslehre[32] ein realontologisches Kriterium zugrunde legt. Die faktische Beherrschung der Tat kann nämlich mit einer vollständigen Unterordnung unter die soziale Herrschaft eines anderen (z. B. eines Sektenführers) verbunden sein, umgekehrt die soziale Herrschaft in der Herrschaft über den Tatablauf kein Pendant finden. Entscheidend ist dann jeweils die soziale Komponente. Der Gangsterboss ist Täter, selbst wenn er sich nicht persönlich am Raubzug beteiligt. Der persönlich Beteiligte dagegen ist bloß (physischer) Gehilfe, wenn er sich sozial unterordnet und „die Tat nicht als eigene will"[33]. Darüber hinaus spielt abermals die soziale Be-

[27] Vgl. dazu *Küpper*, JuS 1996, 23 ff; *Roxin*, in: LK, 11. Aufl. 1993, § 26 Rdn. 23 ff; ferner unten III.3. Beispiel: A rät dem B, den C kräftig zu verprügeln, statt ihn umzubringen.

[28] *Jakobs* (Fn. 2), 22/6: „Erst die Haupttat externalisiert (auch) das Teilnahmeverhalten." Siehe ferner *Roxin*, in: LK, vor § 26 Rdn. 7: Teilnahme ist „akzessorischer Rechtsgutsangriff".

[29] Vgl. *Puppe*, GA 1984, 101 (115): Es komme darauf an, wie sehr es dem Anstifter gelungen ist, sich den Täter zu verpflichten.

[30] Vgl. *Hilgendorf*, Jura 1996, 9 (10 ff).

[31] Das gilt zum einen für das Ob der Tatbegehung, wo z. B. der ständig bohrende Gehilfe („Wann geht's endlich los?") in die Rolle des Anstifters überwechseln kann. Das gilt zum anderen für den Inhalt des Tatentschlusses, der vom Gehilfen u.U. „übersteigert" werden kann: Wer einen Täter, dem er zunächst zur schon beschlossenen Ohrfeige Mut gemacht hat, schließlich antreibt, noch kräftig einen draufzusetzen, steigert sich selbst in die Rolle des Anstifters hinein. Vgl. ferner die Beispiele bei *Roxin*, in: LK, § 26 Rdn. 42.

[32] Vgl. *Roxin*, in: LK, § 25 Rdn. 7 ff, 34 ff.

[33] So die Formulierung der subjektiven Teilnahmetheorie, die freilich außerhalb einer sozialontologischen Grundlegung mißverständlich bleibt und deshalb nach neuerer

ziehung zum verletzten Rechtsgut eine Rolle. Täter einer Untreue (§ 266 StGB) ist nicht, wer das Vermögen eines anderen real schädigt, sondern wer es sozial hätte betreuen sollen.

Bei den Unterlassungsdelikten entscheidet ebenfalls primär nicht die realontologische Herrschaft über die Art der Tatbeteiligung, sondern die soziale Garantenstellung (§ 13 StGB). Lediglich sekundär werden realontologische Momente relevant: Der Gefährdungsgarant wird regelmäßig in die Täterrolle einrücken, der mitwirkende Obhutsgarant eher eine Teilnehmerposition innehaben. Doch selbst dann noch bleiben soziale Faktoren relevant: Eltern, die der Verletzung ihrer Kinder nicht wehren, sind eher Mittäter als andere Angehörige der Hausgemeinschaft.

(2) Daß unser Strafgesetz nur natürliche Personen und Personengemeinschaften als Unrechtsproduzenten anerkennt, hat sich in jüngster Zeit als ungenügend erwiesen. Denn das Sozialleben kennt zudem *gestalthafte Gebilde*, deren Existenz unabhängig von den daran beteiligten Personen ist. Zu unterscheiden sind Personenverbände und Verbandspersonen.

Als *Personenverband* bezeichne ich ein Sozialgebilde, das keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Seine Gestalt kann sich unterschiedlich klar ausprägen; der Übergang zur Personengemeinschaft ist daher fließend. Gering ausgeprägt ist die Gestalt bei der „Menschenmenge" (§§ 124, 125 StGB); das Gesetz (§ 125 StGB) unterteilt die Unrechtsverantwortung deshalb hier ebenso wie bei den Personengemeinschaften in Täterschaft und Teilnahme[34]. Geschlossener stellt sich die „Rotte" dar (§§ 121, 124 StGB), noch mehr die „Bande" (z. B. §§ 244a, 260a StGB), die sich von der Rotte hauptsächlich durch die Dauer ihres Zusammenhalts unterscheidet. Die „kriminelle (oder terroristische) Vereinigung" (§§ 129, 129a StGB) schließlich besitzt die festeste soziale Gestalt[35]. Hier unterscheidet das Gesetz zwischen „Rädelsführern", d. h. Personen, die in der Organisation eine führende Rolle spielen und deshalb die Hauptverantwortlichen sind, und sonstigen Mitgliedern (§§ 129 IV, 129a II StGB).

Die Zitate belegen bereits, daß unser Strafgesetzbuch die Personenverbände – im Gegensatz zu den Personengemeinschaften – ausschließlich im Besonderen Teil erfaßt. Inhaltlich sind seine Normierungen wiederum unstimmig. So wird nach § 125 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wer auf eine Menschenmenge

Rechtsprechung zu „wertender Betrachtung" Anlaß gibt (vgl. etwa BGHSt. 36, 363 [367]; 38, 315 [319]).

[34] Anders § 124 StGB, der nur „Teilnehmer" im Sinne von Beteiligten (§ 28 II StGB) kennt.

[35] Vgl. im einzelnen *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 45,2.

einwirkt, um ihre Bereitschaft zu Gewalttätigkeiten zu fördern, nach § 124 StGB dagegen mit Freiheitsstrafe nur bis zu zwei Jahren, wer sich einer Menschenmenge anschließt, die zur Ausführung von Gewalttätigkeiten bereits entschlossen ist und zu diesem Zweck in fremde Wohnungen o. ä. eindringt. Die Bildung von kriminellen Banden läßt das Gesetz – im Gegensatz zur Bildung von kriminellen Vereinigungen (§ 129 StGB) – grundsätzlich straffrei, obwohl z. B. eine hierarchisch organisierte kriminelle Bande kaum weniger gefährlich ist als eine kriminelle Vereinigung, deren charakteristisches Merkmal „die Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit" sein soll[36].

Die straffste Einheit bildet die *Verbandsperson*. Sie ist juristisch organisiert; noch weniger als beim Personenverband spielt daher die Mitwirkung von natürlichen Personen eine Rolle. Der Übergang zum Personenverband ist gleichwohl fließend. § 14 StGB beispielsweise stellt den juristischen Personen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts die Personenhandelsgesellschaften gleich. Kriminalpolitisch erscheint das vertretbar, da sie neben den Aktiengesellschaften und den Gesellschaften mbH die wichtigsten Urheber sozialwirtschaftlicher Prozesse und demgemäß auch die wichtigsten Produzenten von Wirtschaftsunrecht sind. Das Gesetz weist allerdings allen Verbandspersonen nur eine mittelbare Unrechtsverantwortung zu (§ 30 OWiG). De lege ferenda läßt sich indessen auch eine unmittelbare Unrechtsverantwortung gut begründen[37].

Sowohl der Personenverband als auch die Verbandsperson können Mitglieder einer Personengemeinschaft sein. Die außerhalb des Personenverbandes bzw. der Verbandsperson stehenden Gemeinschaftsmitglieder bezeichnet das Gesetz dann als „Hintermänner", „Gründer", „Werber" und „Unterstützer" (vgl. etwa § 129 I und IV StGB).

III.

Damit gegen eine Sozialperson Strafe verhängt werden kann, muß sie *strafbares* Unrecht begangen haben. Dieses Attribut der Strafbarkeit bedarf ebenfalls der Begründung, die diesmal aber nicht aus der „Natur", sondern aus der „Funktion der Strafe" folgen muß. Denn Strafe ist, wie eingangs erwähnt, die Regulation von Unrecht, und folglich sind die Funktionen der Strafe Gründe für die Strafbarkeit des Unrechts. Funktionen der Strafe sind die Retribution, die Prävention und die Verteidigung der Rechtsordnung „als Orientierungsmuster für den sozialen

[36] BGHSt. 31, 239 (240).

[37] Vgl. dazu *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; ferner *Lampe* (Fn. 21), S. 721 ff; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 249 ff.