

**Deutsche strafrechtliche Landesreferate
zum
IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung
Teheran 1974**

**Beiheft zur
Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft**

Herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck



1974

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

ISBN 3 11 004941 4

©

Copyright 1974 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

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

Printed in Germany.

Satz und Druck: Druckerei Chmielorz, 1 Berlin 44

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorschau auf den IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Von Dr. Kurt <i>Madlener</i> , MCL, Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., Generalsekretär des Deutschen Nationalkomitees	1
Das Fahrlässigkeitsdelikt Von Professor Dr. Günther <i>Jakobs</i> , Kiel	6
(Sektion V A Thema 1) Résumé: Les délits d'imprudence	42
Resumen: Los delitos culposos	44
Gesetzgebung zum Ersatz kurzer und mittelfristiger Freiheitsstrafen Von Ministerialrat Hartmuth <i>Horstkotte</i> , Bonn	46
(Sektion V A Thema 2) Summary: Legislation replacing short and medium term custodial sentences	67
Resumen: La legislación respecto a la sustitución de las penas privativas de libertad de duración media y corta	70
Das Recht des Beschuldigten auf Entschädigung für unschuldig erlittene Haft Von Ministerialrat Heinz <i>Böing</i> , Bonn	73
(Sektion V A Thema 3) Résumé: Le droit de l'accusé à réparation du dommage causé par une détention suivie d'acquiescement	91
Resumen: El derecho del encausado a la reparación de daños ocasionados por detención indebida	92
Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland Von Professor Dr. Gerald <i>Grünwald</i> , Bonn	94
(Sektion V B Thema 1) Résumé: L'autorité de la chose jugée au pénal	130
Resumen: La autoridad de la cosa juzgada en el procedimiento penal	133
Der Schutz vor Selbstbeziehung im deutschen Strafprozeßrecht Von Professor Dr. Albin <i>Eser</i> , Bielefeld	136
(Sektion V B Thema 2) Summary: The privilege against self-incrimination	167
Resumen: El derecho del acusado a no autoincriminarse	169
Verzeichnis der für die Veröffentlichung der deutschen Landesreferate vorgesehenen Zeitschriften und Reihen	172

Vorschau auf den IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung

(Teheran, 27. September — 4. Oktober 1974)

Die Auswahl eines passenden Kongreßortes für internationale Tagungen scheint immer schwieriger zu werden. Die Internationale Akademie für Rechtsvergleichung hat jedenfalls diese Erfahrung nun schon zweimal machen müssen. In der Schlußsitzung des VIII. Internationalen Kongresses für Rechtsvergleichung verkündete ihr inzwischen verstorbener *Secrétaire Général perpétuel* Gabriel *Marty*, die Akademie beabsichtige, mit einer fast 40jährigen Tradition zu brechen und erstmals ihren Kongreß außerhalb Europas zu veranstalten. An Den Haag (1932 und 1937), London (1950), Paris (1954), Brüssel (1958), Hamburg (1962), Uppsala (1966) und Pescara (1970) sollte sich 1974 Santiago de Chile als Treffpunkt der in der Rechtsvergleichung Tätigen anschließen und die zunehmende Bedeutung unterstreichen, die Lateinamerika zukomme.

Leider mußte der Plan in dieser Form aufgegeben werden. Schuld daran tragen nicht etwa organisatorische Schwierigkeiten oder die weite Entfernung von Europa, das beim letzten Kongreß in Pescara mehr als die Hälfte der rund 400 Teilnehmer gestellt hatte. Die Universidad Católica de Chile ließ es an sorgfältiger Vorbereitung nicht fehlen; die chilenische Regierung bot über ihre Fluggesellschaft einen subventionierten Charterflug ab Frankfurt über Paris und Madrid an, der — finanziell gesehen — die Entfernung schrumpfen ließ. Aber wiederum, wie schon beim VIII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, machte die Politik einen Strich durch die Planung. So wie seinerzeit nach dem Umsturz in Griechenland auf Athen als Kongreßort verzichtet werden mußte, so blieb der Akademie nichts anderes, als diesmal weniger als ein Jahr vor dem Beginn der Tagung Chile abzusagen.

Die dadurch aufgeworfenen und durch den unerwarteten Tod des Generalsekretärs der Akademie verschärften Probleme waren beträchtlich. Die Zahl der Städte, die einen solchen Kongreß aufnehmen können, ist begrenzt. Zudem bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, wenn dem Organisationskomitee des Gastlandes

weniger als ein Jahr zur Planung und Finanzierung zur Verfügung stehen. Schließlich hat die Akademie durch ihren Verzicht auf Athen und Santiago de Chile auch gezeigt, daß sie entschlossen ist, gewisse Anforderungen an das gastgebende Land zu stellen.

Es sah daher so aus, als müsse der Kongreß verlegt, der Vier-Jahres-Rhythmus diesmal aufgegeben werden. Die Folgen wären vor allem für die Landesberichterstatter äußerst mißlich gewesen: Die überwiegend bereits ganz oder teilweise fertiggestellten Berichte hätten fast ausnahmslos ein Jahr später noch einmal völlig überarbeitet werden müssen, und alle Zeitpläne wären umgestürzt worden.

Glücklicherweise ersparen jedoch die in der Akademie durch *H. Afchar* vertretenen persischen Kollegen¹ allen diese Verlegenheit durch ihre Bereitschaft, den Kongreß 1974 in Teheran aufzunehmen. Die Anpassung an den mohammedanischen Kalender macht es zwar erforderlich, an einem Freitag (statt wie ursprünglich vorgesehen an einem Samstag) zu beginnen, und eine kurzfristige, weniger als zwei Monate vor dem geplanten Beginn angekündigte Verschiebung um vier Wochen dürfte manchem sehr ungelegen kommen. Im übrigen ändert sich jedoch nichts, ein beachtlicher Erfolg des *Secrétaire Général p. i. R. Drago*, der nach dem Tode *Gabriel Martys* die Geschäfte übernommen hat.

Das wissenschaftliche Programm des Kongresses ist wieder sehr reich, fast zu reich. Insgesamt sind nicht weniger als 39 Themen vorgesehen, die in sechs Sektionen behandelt werden sollen. Das bedeutet, daß wahrscheinlich je Thema nur ein halber Tag zur Verfügung stehen wird (die Sektionen II/Zivilrecht und IV/Öffentliches Recht haben je neun Themen zu bearbeiten!). Ein

¹ Die Akademie gliedert sich nach einer Übersicht aus dem Jahre 1972 in vier „groupes“ (in Klammern jeweils die Länder, die nach dieser Übersicht vertreten sind): Groupe de l'Europe centrale et septentrionale (Deutschland, Finnland, Österreich, Schweden, Schweiz, Türkei) — sieben Titularmitglieder, zwei assoziierte Mitglieder; Groupe latin (Argentinien, Belgien, Brasilien, Chile, Frankreich, Griechenland, Italien, Mexiko, Niederlande, Portugal, Spanien, Venezuela) — 24 Titularmitglieder, 14 assoziierte Mitglieder; Groupe anglo-américain (Australien, Großbritannien, Kanada, USA) — acht Titularmitglieder, 16 assoziierte Mitglieder; Groupe Orient-Afrique (Ägypten, Iran, Japan) — drei Titularmitglieder; Groupe des Pays de l'Est (Jugoslawien, Polen, Rumänien, Tschechoslowakei, Ungarn, UdSSR) — fünf Titularmitglieder, sechs assoziierte Mitglieder. Insgesamt also 47 Titularmitglieder (davon gut die Hälfte dem Groupe latin zugehörig) und 38 assoziierte Mitglieder.

halber Tag, das sind abzüglich einer Diskussionspause kaum mehr als drei Stunden. Diese Zeit steht aber keineswegs für die Aussprache voll zur Verfügung. Zunächst muß jeder Generalberichterstatte eine Zusammenfassung seines Berichts vortragen, denn dieser wird den Kongreßteilnehmern erst bei ihrer Ankunft zur Verfügung gestellt, so daß sie ihn kaum vor Beginn der Sitzung lesen können. Unter diesen Umständen wird es nur in Glücksfällen möglich sein, zu den eigentlichen Problemen vorzustoßen und ihnen Aufmerksamkeit zu widmen.

Erfreulicherweise ist die Rechtswissenschaft der Bundesrepublik mit Landesberichten zu allen 39 Themen vorzüglich vertreten. Seit 1950 war bei den Kongressen der Akademie von deutscher Seite keine so umfassende Beteiligung mehr zu verzeichnen wie jetzt für Teheran.

Daß gegenüber dem letzten Kongreß (Pescara 1970) etwa doppelt so viele deutsche Landesberichte vorgelegt werden können, dürfte dem Umstand zuzuschreiben sein, daß zur Vorbereitung dieses Kongresses wieder ein Deutsches Nationalkomitee gebildet wurde, wie das an dieser Stelle (Beiheft ZStW 1971) nach Pescara empfohlen worden war. Besonderer Dank gebührt dem Bundesjustizministerium und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Unterstützung, die sie dem Nationalkomitee zukommen ließen.

Zur Frage der Veröffentlichung der deutschen Landesberichte hat sich das Nationalkomitee die Überlegungen zu eigen gemacht, die Teilnehmer des Kongresses von Pescara seinerzeit angestellt hatten². Auf einen Sammelband, der bei der Überfülle ganz verschiedener Themen keine thematische Ausrichtung haben könnte und deswegen wenig sinnvoll wäre, hat man daher verzichtet. Leider hat die Akademie den Vorschlag von *Drobnič* bisher nicht aufgegriffen, die einzelnen Landesberichte zu jedem der verschiedenen Kongreßthemen zusammen mit dem Generalbericht jeweils geschlossen zu veröffentlichen. Dies wäre zweifellos die beste Lösung. Da die Akademie aber nach wie vor die Veröffentlichung den Berichterstatte überläßt, hat das Deutsche Nationalkomitee den an dieser Stelle (Beiheft ZStW 1971) vorgeschlagenen zweitbesten Weg gewählt: die Veröffentlichung der Landesberichte,

² S. *Drobnič*, VIII. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung, *RebelsZ* 1971, 576 (577), sowie meinen Bericht im Beiheft ZStW 1971, 1 (2).

entsprechend den Sektionen des Kongresses nach Fachgebieten zusammengefaßt, in Reihen oder Zeitschriften³.

Die ZStW hat es dankenswerterweise wieder übernommen, die deutschen strafrechtlichen Landesreferate zu veröffentlichen⁴. Wie für Pescara, so hat es auch diesmal die Akademie für gut befunden, nicht weniger als fünf strafrechtliche und strafprozessuale Themen aufzustellen. Vergleicht man das mit der Zahl der Themen, die dem Kongreß der A.I.D.P. gestellt sind, und stellt man die ungleich geringere Zahl teilnehmender Strafrechtler in Rechnung, so wird klar, wie schwer ein solches Programm zu bewältigen ist.

Glücklicherweise ist es gelungen, für alle fünf Themen deutsche Landesberichterstatter zu gewinnen, durch deren schriftliche Berichte die deutsche Strafrechtswissenschaft in allen Sektionen vertreten sein wird. Diese fünf Berichte enthält das vorliegende Beiheft zur ZStW. Um den Kollegen, die des Deutschen nicht mächtig sind, das Verständnis zu erleichtern, sind jeweils fremdsprachige Zusammenfassungen angefügt, die teils von den Verfassern eingereicht, teils im Auftrag des Nationalkomitees erstellt worden sind. Für ihre Mitarbeit an dieser Aufgabe gebührt besonderer Dank Frau *Bleckmann*, Lcda. *García de la Torre*, Lcdo. *Nicolás Muñiz* und Ger. Ref. Dipl.-Übers. *Niederndorfer*.

Nach der Zahl der angemeldeten Landesberichte zu schließen, haben die strafrechtlichen Themen großes Interesse geweckt. Zum Thema V A 1 sind elf Berichte angekündigt: Äthiopien, Argentinien, Belgien, Deutschland (BRD), Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, Polen, Ungarn, USA; zum Thema V A 2 zehn: Argentinien, Belgien, Deutschland (BRD), Frankreich, Israel, Japan, Niederlande, Peru, Rumänien, USA; zum Thema V A 3 ebenfalls zehn: Deutschland (BRD), Frankreich, Großbritannien, Israel, Italien, Japan, Niederlande, Polen, Rumänien, Schweiz; zum Thema V B 1 vierzehn: Äthiopien, Belgien, Chile, Deutschland (BRD), Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Japan, Mexiko,

³ Die deutschen strafrechtlichen Landesreferate zum VIII. Kongreß (Pescara) sind in dem bereits zitierten Beiheft zur ZStW erschienen, die übrigen weit verstreut; s. die Zusammenstellung in *RabelsZ* 1972, 379. Eine vollständige Liste der deutschen Berichte für Pescara findet sich in Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Nr. 12 (September 1970), S. 11, 12.

⁴ S. im übrigen das Verzeichnis der für die Veröffentlichung der deutschen Landesreferate vorgesehenen Zeitschriften und Reihen am Ende des Heftes.

Rumänien, Ungarn, Somalia, USA; zum Thema V B 2 gar fünfzehn: Argentinien, Belgien, Chile, Deutschland (BRD), Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Israel, Japan, Mexiko, Polen, Portugal, Rumänien, USA. Leider ist bis zur Stunde noch unbekannt, ob und wo die ausländischen Landesberichte und die Generalberichte veröffentlicht werden.

Dem Kongreß wird es nicht an Themen fehlen, und sicher auch nicht an Teilnehmern. Unseren persischen Kollegen, welche die Last der Vorbereitung unter Zeitdruck auf sich genommen haben, gilt unser Dank. Wir hoffen, daß dieser Kongreß, auf dessen Vorbereitung von deutscher Seite viel Mühe verwandt worden ist, erfolgreich verläuft und neue Verbindungen insbesondere auch zwischen dem gastgebenden Land und dem unsern entstehen läßt.

Dr. Kurt *Madlener*, MCL
Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.
Generalsekretär des Deutschen Nationalkomitees

Das Fahrlässigkeitsdelikt*)

Von Professor Dr. Günther *Jakobs*, Kiel

I. Gesetzlicher Rahmen, „Rechtsfahrlässigkeit“

Weder im Strafgesetzbuch geltender Fassung noch in der Fassung des Allgemeinen Teils durch das 2. Strafrechtsreformgesetz¹ findet sich eine positive Bestimmung dessen, was Fahrlässigkeit ist^{2,3}. Immerhin ergeben sich aus dem Kontext des Gebrauchs des Wortes Fahrlässigkeit im Gesetz (insbesondere in den §§ 59 StGB/16 Abs. 1 in der Fassung des 2. Strafrechtsreformgesetzes i. V. m. den §§ 13 Abs. 1 S. 1 StGB/46 Abs. 1 S. 1 in der Fassung des 2. Strafrechtsreformgesetzes) Ansätze zur Entschlüsselung des Gemeinten: Fahrlässigkeit ist eine Voraussetzung der Zurechnung eines Verhaltens als schuldhaft mit derselben Stellung wie Vorsatz; ihr Anwendungsbereich (nicht notwendig ihr Umfang; der mag den Vorsatz umfassen) ist also das — weitere Deliktsvoraussetzungen unterstellt — noch als schuldhaft Zurechenbare und nicht Vorsätzliche. Je nach dem Verständnis von Schuld und Zurechnung und je nach dem Gebrauch verfestigter dogmatischer Auffächerungen des Verständnisses von Schuld und Zurechnung

* Abgeschlossen im September 1973.

¹ Vom 4. 7. 1969, BGBl. I, 717 ff.

² Wohl aber sah § 18 Entwurf 1962 (Bundestagsdrucksache IV 650) und sieht § 18 Alternativ-Entwurf (vorgelegt von J. Baumann u. a., Tübingen 1966) eine positive Bestimmung vor.

³ Auch ist nicht durchgehend im Gesetz ausgesprochen, wann nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Zuwiderhandlung gegen eine Norm strafbar ist. Nach einhelliger Ansicht soll fahrlässige Zuwiderhandlung strafbar sein, wenn dies ausdrücklich angeordnet oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen ist (BGHSt. 6, S. 131 ff., 133). Letztere (interpretierend zu ermittelnde) Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens bleibt zum StGB ohne größere Bedeutung (von den Vergehen: § 330, Verletzung der Regeln der Baukunst; BGHSt., a. a. O.: die Vorschrift sei bei Beschränkung auf Vorsatz nahezu überflüssig); Nachweise bei *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 2. Auflage, Berlin 1972, S. 217. — Diese unnötige Einschränkung der Bestimmtheit des Gesetzes wird in § 15 in der Fassung des 2. Strafrechtsreformgesetzes im Einklang mit den Intentionen der neueren Entwürfe (§ 15 E 1962; § 16 AE) beseitigt.

läßt sich dieser Rahmen, der wegen der äußerst fragmentarischen gesetzlichen Bestimmung des Vorsatzes (in den §§ 59 Abs. 1 StGB/16 Abs. 1 S. 1 in der Fassung des 2. Strafrechtsreformgesetzes) nur dürftige Konturen abgibt, verschieden ausfüllen, ja sprengen: Ob fahrlässiges Verhalten überhaupt schuldhaftes Verhalten sein kann, ist nach dem Gesetz nur terminologisch ausgemacht⁴. Von der damit gegebenen Freiheit macht die Rechtslehre üppigen Gebrauch, freilich bei starker Konvergenz der praxisrelevanten Ergebnisse. Nur zu der Frage nach der Behandlung eines in Verbotskenntnis bei gegebener Kenntnis des (Verbots-)Gegenstandes vollzogenen Verhaltens bleiben die Ergebnisse unüberbrückbar kontrovers: Der Bewertung des beschriebenen Verhaltens als allenfalls fahrlässig (rechtsfahrlässig i. S. der Vorsatztheorie) steht die Bewertung als vorsätzlich und nach dem Maß der Vermeidbarkeit schuldhaft (Schuldtheorie) schroff gegenüber. Die Kontroverse⁵ soll hier nicht behandelt werden, da sie de lege ferenda zu-

⁴ Und soll hier auch nicht ansatzweise behandelt, sondern nur als Problem benannt werden: Es geht — in äußerster Simplifizierung — um die Frage, ob derjenige, dem nicht zumindest sachgedanklich bewußt ist, sich unrecht zu verhalten (also jedenfalls: jeder unbewußt fahrlässig Handelnde), sich schuldhaft verhalten kann. Daß hier, je nach dem Vorverständnis von Schuld, Fähigkeit zur Unrechtsvermeidung u. a. m., differente Antworten gegeben werden können, ist evident. Jedenfalls läßt sich eines ausmachen: Auch dem sich in aktueller Unrechtskenntnis Verhaltenden fehlt die aktuell hinreichende Zuwendung zur Norm, wie das Verhalten beweist; es geht also nicht allein um das psychisch Aktuelle, sondern auch um den — psychologisch meist nicht einmal zu erwartenden — hypothetischen Ausgleich eines Mankos. Um nichts anderes als diese hypothetische Zuwendung zur Norm geht es auch bei der Schuldhaftigkeit fahrlässigen Verhaltens: Die Formen sind identisch. Aus der neueren Diskussion: *Arth. Kaufmann*, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961, S. 156 ff., 223 ff.; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Berlin 1969, S. 150 f. (beide Schuld ohne zumindest sachgedankliches Unrechtsbewußtsein verneinend); *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973), S. 482 ff., *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin etc. 1972, S. 127 ff. m. Nachw.

⁵ Zur Aktualität des Unrechtsbewußtseins hat sie durch die Ergebnisse neuerer Untersuchungen zu den Bewußtseinsformen an Schärfe verloren: vgl. zum sachgedanklichen Bewußtsein: *Schmidhäuser*, Beiträge zur ges. Strafrechtswissenschaft (H. Mayer-Festschrift), Berlin 1966, S. 317 ff., 326; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1970, 10/72; zum gestalthaften Bewußtsein: *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, Neuwied etc. 1967, S. 94 ff.; zum Mitbewußtsein, Bewußtsein am Rande: *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, Wien 1964, S. 63 ff., 71 ff., 82 ff.

gunsten der Schuldtheorie abgeschnitten wird (§ 17 in der Fassung des 2. Strafrechtsreformgesetzes; auch § 20 AE, § 21 E 1962)⁶.

Die Entscheidung für die „elastischere“ und — wegen der nur beschränkten Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens — lückenlose Regelung wird von der Erkenntnis getragen, daß der Stufung vom (aktuellen oder sachgedanklichen) Unrechtsbewußtsein zum Fehlen des Unrechtsbewußtseins eine Stufung von höherer Schuld zu geringerer Schuld nicht notwendig entspricht, soweit Schuld als konkrete Rechtsuntreue verstanden wird; denn gerade das Desinteresse an einer Norm kann ihre Aktualisierung im Bewußtsein hindern. Diese Blickrichtung von der vorverstandenen Schuld (genauer: vom vorverstandenen Strafzweck) kann nicht nur die Rechts-„Fahrlässigkeit“ treffen. Auch die Kenntnis des Verbotsgegenstandes kann sich gerade mangels Interesse an der Norm nicht aktualisieren oder sachgedanklich einstellen. Beispielhaft: Dem Täter, der zur Flucht im Auto auf den die Straße sperrenden Polizisten mit voller Geschwindigkeit zufährt, mag die sich aufdrängende Folge (Tod) bewußt geworden sein (dann vorsätzliche — versuchte — Tötung) oder infolge Gleichgültigkeit nicht (dann fahrlässige Tötung, aber nur bei Erfolgseintritt); die nach positivem Recht eintretende Entlastungswirkung der Tatsachenblindheit⁷ kann nicht aus sich heraus, sondern nur mit der Notwendigkeit gerechtfertigt werden, der Rechtssicherheit wegen eine generelle Grenze zu ziehen. Zumindest ist die „Elastizität“ hier positivrechtlich ausgeschlossen⁸.

⁶ Ausgeklammert bleibt hier auch die Behandlung der irrigen Annahme der Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes; § 19 Abs. 1 AE wertet diese Annahme als vorsatzausschließend, § 20 E 1962 gleichfalls, jedoch mit einer Ausnahmeregelung für den rechtfertigenden Notstand in § 39 Abs. 2 E 1962; § 17 i. d. F. des 2. Strafrechtsreformgesetzes läßt die Entscheidung offen. Daß eine für alle Fälle befriedigende Lösung nur um den Preis des elastischen, d. h. die Strafrahmen ausdehnenden, d. h. rechtsunsicheren Ergebnisses der strengen Schuldtheorie (jedenfalls kein Vorsatzausschluß) gefunden werden kann, liegt an dem — in der Literatur selten artikulierten — Unbehagen an der Vorsatz-Fahrlässigkeitsgrenze überhaupt; hierzu sogleich im Text.

⁷ Hierzu *Mezger*, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin etc. 1950, S. 46; *ders.*, *Probleme der Strafrechterneuerung* (Kohlrausch-Festschrift), Berlin 1944, S. 184; *Hall*, *Mezger-Festschrift*, München etc. 1954, S. 245 f.; kritisch: *Lang-Hinrichsen*, *ZStW* 73 (1961), S. 233.

⁸ Im Unterlassungsbereich soll nach *Armin Kaufmann* (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, S. 116, 120; *ders.*, v. *Weber-Festschrift*, Bonn 1963, S. 226 f., 229) und *Welzel* (*Das Deutsche Strafrecht*,

Ob allerdings die Bindung des Vorsatzes wenigstens an das psychische Faktum des Bewußtseins auch auf psychische Grenzsituationen, insbesondere Affekttaten und Kurzschlußhandlungen, übertragbar ist, ob also die Zweiteilung in Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt ausschließlich ist, steht dahin; neuestens wird vorgeschlagen, das Bewußtsein aus dem Vorsatz zu eliminieren und ihn nach der „äußeren Finalität“ zu bestimmen⁹. Diese Problematik betrifft die Fahrlässigkeit auf dem Umweg über den Handlungsbegriff im Rahmen der Automatismen; nur insoweit wird darauf eingegangen werden.

II. Bewußte Fahrlässigkeit

In dem der Fahrlässigkeit verbleibenden Bereich scheinen Schuld- und Handlungsbegriff noch am ehesten für die bewußte Fahrlässigkeit zu passen, also für die Fälle der Voraussicht des tatbestandlichen Erfolgseintritts bei Nicht-in-Kauf-Nahme, Nicht-Billigung, Für-leicht-Nahme des Erfolges oder bei Vertrauen auf sein Ausbleiben. Diese oder ähnliche Umschreibungen bewußter Fahrlässigkeit¹⁰) stellen auf die Einstellung zur erkannten Möglichkeit des Erfolgseintritts ab und — wenn sie nicht die „emotionale“ oder „voluntative“ Komponente aus der intellektuellen begriffsjuristisch konstruieren¹¹ — lassen die Frage unbeantwortet, wieso ein Vorgang, der die Erkenntnis nicht modifiziert und zur Normbefolgung nichts beiträgt, entlasten soll. Der Ansatz zur Lösung kann nicht ohne Leitpunkt gefunden werden. Wird jedoch zum Leitpunkt genommen, daß es dem Recht darauf ankommt, daß bestimmte Gutsbeeinträchtigungen unterbleiben, und wird hinzugenommen, daß der Vorsatz als der umfangreicher und mit weit überwiegend höherer Strafe bedrohte Verhaltensmodus den

11. Auflage, Berlin 1969, S. 205) das Bewußtsein der Macht zur Erfolgsabwendung nicht Voraussetzung des (Quasi-) Vorsatzes sein; die Tatsachenblindheit bezüglich des Genannten soll also nicht entlasten; hiergegen insbesondere *Grünwald*, Beiträge zur ges. Strafrechtswissenschaft (H. Mayer-Festschrift), Berlin 1966, S. 291 ff., mit ausdrücklichem Verweis auf die Parallele zur Tatsachenblindheit, S. 296.

⁹ *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, Lübeck 1972, S. 27 ff. und passim, zusammenfassend S. 140 ff.; zu *Schewe* — dem Ansatz durchaus zustimmend: *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973), S. 469 ff.

¹⁰ Zusammenfassende Darstellung des Meinungsstandes bei *Roxin*, Jus 64, S. 53 ff.

¹¹ Hiergegen treffend *Schmidhäuser*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz, Tübingen 1968, S. 20 f.

Täter näher an die Vermeidung der Gutsbeeinträchtigung heran-
zieht, als es bei Fahrlässigkeit der Fall ist, so hilft es nicht mehr,
nach „emotionalen“ Komponenten zu suchen, auch die Suche nach
dem „Wollen“ wird überflüssig¹². Die Vermeidbarkeitsnähe hängt
einzig vom Wissen des Täters um die — nicht unwahrscheinliche
— Verknüpfung seines Verhaltens mit der Gutsverletzung ab, so
daß es gilt, dieses Wissen zu konkretisieren. Es reicht nicht aus,
an das Nicht-Unwahrscheinliche zu denken, sondern es muß als
solches *beurteilt* werden. Das Urteil über die Verknüpfung von
Verhalten und Erfolg ist ein Urteil über die Tatmacht. Wer so
urteilt, und zwar für sich gültig urteilt, *muß* den Erfolgseintritt
ernstnehmen¹³ und bringt, so er handelt, die Kälte auf, „daß er
ernstlich den Gedanken an das Erfolgsrisiko besteht“¹⁴, nur ist
das Urteil primär; Ernst des Erfolges und Kälte der Haltung sind
durch es bedingt¹⁵.

Bei der bewußten Fahrlässigkeit ist das Bewußtsein also eine
problematische Sache: Es ist eine Vorstellung ohne erlebten Realitäts-
bezug, insbesondere ohne für den Täter gültige Verknüpfung
mit seinem Verhalten. Diese „intellektuelle“ Komponente ist et-
was anderes als die Wissensseite des Vorsatzes, die Tatmacht-
kenntnis¹⁶. Das Nicht-Vorhandensein des Tatmachtwissens ist ein
Kennzeichen aller Fahrlässigkeit, sei sie bewußt oder unbewußt.
Damit ist der Weg zur Fahrlässigkeit vom Vorsatz über die be-
wußte Fahrlässigkeit nicht gangbar¹⁷.

¹² *Schmidhäuser*, a. a. O. (Anm. 11); *ders.*, *Strafrecht*, a. a. O. (Anm. 5), 10/
26 ff.; *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 8), 285 ff.; *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 4), S.
36 ff., 114.

¹³ So die Abgrenzungsformel von *Stratenwerth*, *ZStW* 71 (1969), S. 56 ff.;
sehr verwandt: *Roxin*, a. a. O. (Anm. 10), S. 61.

¹⁴ So die Abgrenzungsformel von *Gallas*, *Niederschriften über die Sitzun-
gen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. XII, Bonn 1959, S. 121.

¹⁵ Wie hier, freilich vorsatztheoretisch: *Schmidhäuser*, *GA* 57, S. 305 ff.,
ders., *Strafrecht*, a. a. O. (Anm. 5), 10/94; *Schröder*, *Sauer-Festschrift*,
Berlin 1949, S. 224 ff.; der Sache — nicht der Terminologie — nach auch
BGHSt. 7, S. 363 ff., 369.

¹⁶ S. u. Abschnitt III. C.

¹⁷ Auch nicht zum Nachweis von „Willensschuld“ zumindest bei bewußter
Fahrlässigkeit; so aber *Arth. Kaufmann*, *Schuldprinzip*, a. a. O. (Anm. 4),
S. 155, aufgrund der inhaltlichen Gleichsetzung des Bewußtseins bei
Eventualvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, S. 167.

III. Zurechnung bei Fahrlässigkeit

A. Grundlagen

Was zur Fahrlässigkeit kontrovers ist, betrifft vornehmlich nicht ihren Inhalt, sondern ihre Zuordnung zu Unrecht oder Schuld oder aufgeteilt zu Unrecht und Schuld. Diese Verteilungsschwierigkeiten, die teils aus dem Streit um den Handlungsbegriff und seine Verknüpfung mit der Tatbestands- und Unrechtslehre resultieren, teils aus Bestrebungen zur Wahrung der „Einheit der Rechtsordnung“, insbesondere bezüglich des Rechtswidrigkeitsurteils, zumindest des Rechtswidrigkeitsurteils im Strafrecht (Notwehrprobe!), brauchen hier nicht zu interessieren, soweit die Konstruktionen für die anstehende Frage äquivalente Ergebnisse zeitigen: für die Zurechnung.

Zunächst das Gerüst für das Erfolgsdelikt: Der Fahrlässigkeitstäter¹⁸ führt einen Erfolg herbei oder hindert ihn pflichtwidrig nicht. Der Erfolgseintritt ist nach positivem Recht Deliktsvoraussetzung; fahrlässigen Versuch kennt es nur in der Form fahrlässiger konkreter oder konkret-abstrakter¹⁹ Gefährdung. —

¹⁸ Das kann i. d. R. jedermann sein. Generelle Strafschärfung bei Fahrlässigkeit, wenn der Täter „vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes“ zur „Aufmerksamkeit“ „verpflichtet“ ist (so §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB a. F. — bis 1940 —) kennt das StGB nicht mehr, wobei bei Streichung der Qualifizierung der allgemeine Strafraum (§ 222 StGB a. F.: bis 3 Jahre, § 230 StGB a. F.: bis 2 Jahre Freiheitsstrafe) bis zur Obergrenze der bislang qualifizierten Fahrlässigkeit (§ 222 StGB: bis 5 Jahre, § 230 StGB: bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) erhöht, d. h. die Problematik in die Strafzumessung verschoben wurde. Freilich gibt es im StGB und in strafrechtlichen Nebengesetzen eine Vielzahl von Vorschriften, die nur das fahrlässige Verhalten von Personen in bestimmter Situation oder mit einer bestimmten Funktion mit Strafe bedrohen, etwa: fahrlässiger Falscheid (§ 160 StGB); fahrlässige unzulässige Vollstreckung von Strafen oder Maßregeln durch Beamte (§ 345 Abs. 2 StGB); fahrlässiges pflichtwidriges Führen von Fahrzeugen im Straßenverkehr (§ 315 c Abs. 3 Nr. 2 StGB); fahrlässiger Verstoß gegen die Sonderpflichten eines Geschlechtskranken (§ 6 Abs. 3 GeschlKrG); fahrlässige Hehlerei durch Metallhändler (§§ 5 UnedelMG, 18 EdelMG); Fahrlässigkeit bei Abgabe von Trink- oder Brauchwasser mangelnder Eignung für Unternehmer oder Inhaber von Wasserversorgungsanlagen (§ 64 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 BSeuchG). — Hierzu Schröder, v. Weber-Festschrift, Bonn 1963, S. 233 ff.

¹⁹ Hierzu Schröder, JZ 67, S. 522 ff., 524 f.; ders., ZStW 81 (1969), S. 22 f. — Ferner steckt in der rein abstrakten Gefährdung bei subjektiv möglicher Schadensprognose ein fahrlässiger Versuch.

Der Täter urteilt nicht, daß der Erfolgseintritt nicht unwahrscheinlich ist, könnte aber so urteilen, wenn ihm daran gelegen wäre. Das heißt nicht, er sei zum Urteilen verpflichtet (urteilte er, so handelte er vorsätzlich!); verpflichtet ist er vielmehr zur Vermeidung erkennbar schadenbringenden Verhaltens. — Freilich muß er, um in Befolgung der Norm vermeiden zu können, sein Verhalten nicht nur als schlicht verursachend, sondern auch als rechtsverletzend erkennen können. Beispielhaft: Der Spaziergänger mag erkennen können, daß er einen bestimmten Käfer zertritt; erst wenn er zudem erkennen kann, daß dies — etwa aus Gründen des Naturschutzes — verboten ist, hat er einen rechtlich beachtenswerten Grund, es zu unterlassen.

B. Erlaubtes (maßvolles) Risiko²⁰

Daß ein erkennbar schadenbringendes Verhalten nicht notwendig ein als schuldhaft zurechenbares Verhalten ist, hat der moderne Umgang mit riskanter Technik gelehrt, doch ist das Sachproblem alt; selbst wenn noch 1861 ein Eisenbahnbetrieb als ein an sich rechtswidriges Unternehmen beurteilt wurde²¹, so doch allein bezogen auf die zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzungen. Aber schon lange vor dem „technischen Zeitalter“ waren nicht nur Bau, Steinbruch, Bergwerk, Seefahrt etc. „gefährliche Betriebe“, son-

²⁰ Begriff und dogmatische Stellung sind kontrovers, der Ausschluß der Zurechnung ist im Grundsatz jedoch anerkannt. Zum (1) Begriffsumfang, zur (2) Dogmengeschichte und (3) dogmatischen Behandlung, insbesondere zu (4) den Versuchen einer Aufgliederung des mit der Sozialadäquanz verbundenen erlaubten Risikos kann hier nichts gesagt werden, weil für die Entwicklung einer Tatbestandslehre kein Raum ist. Nur zur Kennzeichnung des weiten Spektrums der in der Rechtslehre vertretenen Ansichten sei verwiesen auf: (1 u. 3) *Welzel*, ZStW 58 (1939), S. 514—518; *ders.*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Karlsruhe 1961, S. 8 ff., *ders.*, Strafrecht, a. a. O. (Anm. 8), S. 56 f., 132 f.; *Zipf*, ZStW 82 (1970), S. 647 ff. (Tatbestandsproblem); *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin 1930, S. 285 f. („Spezialfälle der Unrechtsausschließung“; hierzu weitere Nachweise bei *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, Berlin 1969, S. 66 Anm. 5); *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971, § 44 II B 1; *Rehberg*, Zur Lehre vom ‚Erlaubten Risiko‘, Zürich 1962, S. 186, (Tatverantwortungsproblem); *Roeder*, a. a. O., S. 92 ff., 107; *Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Frankfurt/M. 1966, S. 21, 27 f., (Schuldproblem); (2) *Roeder*, a. a. O., S. 13 ff.; *Rehberg*, a. a. O., S. 18 ff.; (4) *Hirsch*, ZStW 74 (1962), S. 78 ff.; *Jescheck*, a. a. O. (Anm. 3), S. 298 ff.; — jeweils mit Nachweisen.

²¹ OAppG München, Seuff. Arch. 14, S. 354 ff., 358.

dern gingen Pferde durch, fielen Kinder in Brunnen, stifteten Herdfeuer Schaden, kurz, auch Einrichtungen zum alltäglichen Umgang waren gefährlich. Um zur Formulierung eines erlaubten Risikos zu kommen, bedurfte es neben einer quantitativen Zunahme neuer, ungewohnter Gefahren, die insbesondere im Eisenbahn- und Straßenverkehr evident wurde, der Erfahrung, inwieweit in den neu aufkommenden gefährlichen Unternehmungen der gefährliche Bereich durch Sorgfalt beherrschbar ist und inwieweit nur um den Preis der Preisgabe des „Fortschritts“. Inso weit entspricht das erlaubte Risiko dem Notstand, wobei das höherwertige Gut selbst das Bedürfnis nach circenses (etwa: Hochgeschwindigkeitsrennen) sein kann²². Bei der weiteren Erkenntnis eines nicht nur bei neuen und ungewöhnlichen Unternehmungen, sondern schon stets vorhandenen Risikos drängt sich auf, daß es „in Wirklichkeit“ nur „Rechtsgüter“ gibt, „wenn und soweit sie in ‚Funktion‘ sind, d. h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen“²³. Inso weit entspricht das erlaubte Risiko der Sozialadäquanz²⁴. Beide Wurzeln führen zum Verlangen nach Plausibilität der Nützlichkeit gefährlicher Unternehmungen und zu Anforderungen an ihre Ausgestaltung (Kraftfahrzeuge müssen zwei unabhängige Bremssysteme haben), an die Fähigkeiten des sie Betreibenden (vom Kraftfahrer bis zum Chirurgen) und an das Verhalten beim Betrieb (Geschwindigkeitsbegrenzungen für Kraftfahrer, hygienische Vorschriften für Lebensmittelhersteller). Hierdurch soll nicht nur das Gesamtrisiko reduziert, sondern die nur bei Verstoß gegen die Anforderungen auftretenden Risiken sollen dem Typ nach eliminiert werden; nur das Risiko eines höchstens mit 50 Stundenkilometern fahrenden Fahrzeuges ist innerhalb einer geschlossenen Ortschaft (allenfalls) erlaubt, nur das Risiko eines Fahrzeuges mit Bremsen bestimmter Mindestverzögerung etc. . .

Im für die Fahrlässigkeit quantitativ bedeutsamsten Bereich, dem Straßenverkehr, wird das erlaubte Risiko vorwiegend durch abstrakte Gefährdungen untersagende Normen (§§ 2 ff. StVO) ausgeschlossen. Das nicht Ausgeschlossene ist nicht notwendig und nicht einmal „normalerweise“ erlaubt, aber das Ausgeschlossene

²² Zur Pflichtenabwägung insbesondere BGH VGS in BGHSt. 7, S. 118 ff., wo die Vor- und Nachteile des Vertrauensgrundsatzes und des Mißtrauensgrundsatzes subtil abgewogen werden.

²³ Welzel, ZStW 58 (1939), S. 515.

²⁴ Dem kommt die Begründung von BGHZ 24, S. 21 ff., 26 f. nahe.

— von Ausnahmesituationen abgesehen — unerlaubt. Das heißt nicht, der Verstoß gegen das Verbot abstrakter Gefährdung sei die Fahrlässigkeit²⁵, heißt aber doch, daß die strafrechtliche Haftung für fahrlässige Erfolgsherbeiführung durch einen erkennbar schadenbringenden Verstoß gegen eine abstrakte Gefährdung untersagende Norm im Normalfall nicht durch Berufung auf eine rechtlich wegen ihrer generellen Nützlichkeit gewährte Verhaltenserlaubnis aufgehoben werden kann. Nicht irgendein, sondern ein bestimmtes riskantes Verhalten wird erlaubt, dies aber nur, und das kompliziert das erlaubte Risiko, unter dem Vorbehalt optimaler Begleitbedingungen (also nicht abstrakt bestimmter Risikolage), d. h., nur wenn zu erwarten ist, daß „kein Anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird“ (§ 1 Abs. 2 StVO). Bei dieser Einschränkung wird freilich vorausgesetzt, daß der nach Beschränkung durch die abstrakten Gefährdungsverbote verbleibende Handlungsspielraum nicht überhaupt verloren geht, daß also Gefahren, die auch bei optimalen Begleitbedingungen nur durch Einstellung des Betriebes oder bestimmter Betriebsformen ausgeschaltet werden können, unberücksichtigt bleiben.

Neben dieses erlaubte Grundrisiko, das selbst bei Idealbedingungen nicht auszuschließen ist, tritt die Erlaubnis zu erhöhten Risiken (Fahren bei Nebel, bei Glatteis, im Berufsverkehr, bei Regen auf einer Straße mit Kopfsteinpflaster und Straßenbahnschienen), sofern der Betrieb unter den risikoerhöhenden Bedingungen als nützlicher angesehen wird als ein völliges Verbot^{25a}.

Deshalb ist es unmöglich, das erlaubte Risiko in einem Prozentsatz anzugeben, auch abgesehen davon, daß die Erlaubnis zur Gefährdung bis zu irgendeiner Promillion keine taugliche Verhal-

²⁵ Hierzu s. u. Abschnitt III. C.

^{25a} Vgl. etwa die Rechtsprechung zur Verringerung des Regelabstandes, wenn die „Flüssigkeit des Verkehrs“ das erfordert; Nachweise bei *Cramer*, Straßenverkehrsrecht, Frankfurt/M. 1971, StVO § 4 Rdn. 21. — Die Nützlichkeit ist im üblichen Straßenverkehr nur generalisiert bestimmbar; dem Spazierenfahrenden ist nicht weniger erlaubt als dem beruflich Fahrenden. Fehlt freilich der praktische Zwang zur Generalisierung, so ist individualisiert abzuwägen: Der Soldat, der — wie nach Zeitungsberichten geschehen — mit dem Panzer durch die Stadt spazierenfährt, kann sich im Schadensfall nicht auf das mit einer Panzerfahrt nun einmal verbundene Risiko berufen, auch wenn er das bei einer „nützlichen“ Fahrt kann.